Die Haftung des ausgeschiedenen OHG-Gesellschafters aus längerfristigen Schuldverhältnissen der Gesellschaft

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
MICHAEL L. ROHE
aus Wiesbaden

1975

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547202_0014

Die Haftung des ausgeschiedenen OHG-Gesellschafters aus längerfristigen Schuldverhältnissen der Gesellschaft

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
M i c h a e l L. R o h e
aus Wiesbaden

1 9 7 5

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Schlüter
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Brox
Dekan: Prof. Dr. Kupisch

Tag der mündlichen Prüfung: 26. 5. 1975

Meinen Eltern

Inhaltsübersicht

Seite

A Einleitung 1

I. Problemstellung 1

II. Zum Begriff des Dauerschuldverhältnisses 7

B Hauptteil 11

Erster Abschnitt

Die bisherige Behandlung des Problems in Lehre und Rechtsprechung und kritische Stellungnahme 11

I. Die grundsätzlichen Lösungsversuche im neueren Schrifttum 12

1. Die Haftung des Ausgeschiedenen aus unbefristeten durch Kündigung zu beendenden Verträgen 13

a) Grundsatz der Enthaftung des Ausgeschiedenen bei Fortsetzung des Schuldverhältnisses über den nächstzulässigen Kündigungstermin hinaus 13

b) Grundsatz der Identität von Vertragsdauer und Haftung des Ausgeschiedenen 20

c) Enthaftung des Ausgeschiedenen in entsprechender Anwendung des § 159 Abs. 1 HGB 27

2. Die Haftung des Ausgeschiedenen aus unkündbaren auf festbestimmte Zeit abgeschlossenen Verträgen 32

II. Überblick über die Rechtsprechung 35

III. Die wesentlichen Fallgruppen in Rechtsprechung und Schrifttum 45

Seite

a) Verlängerung bestehender Verträge 46

b) Das Kontokorrentverhältnis 62

c) Die schuldhafte Verletzung des Depotvertrages - die Anwendbarkeit der §§ 421 ff BGB 70

d) Kreditierungshandlungen des Gläubigers - Haftungsausschluß wegen widersprüchlichen Verhaltens des Gläubigers 80

Z w e i t e r A b s c h n i t t

Eigene Lösung 89

I. Auslegung der Haftungsbestimmungen §§ 128, 159 HGB 89

1. Entstehungsgeschichte des § 159 HGB 91

2. Auslegung des § 159 HGB vor dem Hintergrund der gesetzlichen Gesamtregelung zur OHG 101

a) Bedeutungszusammenhang der Tatbestände Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern 102

b) Haftungszweck und Interessenbewertung 116

aa) Schuldverhältnisse mit festbestimmter Dauer 116

bb) Unbefristete beiderseitig kündbare Schuldverhältnisse 129

cc) Das einseitige Verlängerungsrecht (Kündigungsrecht) 151

dd) Kreditierungshandlungen des Gläubigers 153

II. Analoge Anwendung der Bestimmungen § 613a Abs. 2 und § 571 Abs. 2 S. 2 BGB 156

1. Analogiefähigkeit der §§ 613a, 571 BGB 159

Seite

2. Analoge Anwendung des § 613a Abs. 2 BGB bei Arbeitsverhältnissen 161

3. Analoge Anwendung des § 571 Abs. 2 S. 2 (§§ 580, 581) BGB bei Vermietung (Verpachtung) durch die OHG 172

C Zusammenfassung 178

Die Abkürzungen richten sich nach dem Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache von Kirchner, 2. Aufl., Berlin 1968.

Literaturverzeichnis

Altenberg	Haftung des ausgeschiedenen offenen Handelsgesellschafters für die Rückgabe von Wertpapieren, in: KGBl. 1930, 37
Bandasch	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., Neuwied, Berlin, Darmstadt 1973
Baumbach-Duden	Handelsgesetzbuch, 21. Aufl., München 1974
Behrens	Das Wiederkehrschuldverhältnis, Diss. Hamburg 1971
Beitzke	Das Arbeitsverhältnis bei Ostenteignung und Betriebsverlagerung, in: BB 1950, 761
Bierhoff	Die Haftung eines ausgeschiedenen OHG-Gesellschafters für den Kontokorrentsaldo der OHG, Diss. Köln 1964
Bornemann, Waldeck, Strohn und Bürgers	Das Allgemeine Deutsche Handels-Gesetzbuch, Berlin 1862
Bötticher	Zum Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Betriebsnachfolger, in: Festschrift für A. Nikisch, Tübingen 1958, S. 1
Brecher	Vertragsübergang, Betriebsnachfolge und Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für W. Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 181
Christodoulou	Vom Zeitelement im Schuldrecht, Vorstudien aus der Sicht des Dauerschuldverhältnisses, Diss. Hamburg 1968
Czapski	Die rechtliche Stellung des ausgeschiedenen Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, Diss. Halle 1922
Denkschrift	Entwurf eines Handelsgesetzbuches mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift, Berlin 1896

Denkschrift	Entwurf eines Handelsgesetzbuches und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes, Berlin 1897
Dietz-Richardi	Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, Kommentar, 4. Aufl., München und Berlin 1967
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, 3. Aufl., II. Band, 2. Hälfte, IV. Band, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearb., Tübingen 1958
Entwurf	eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland von der durch das Reichsministerium für Justiz niedergesetzten Commission, Abtheilung I, Frankfurt 1849
Entwurf	eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg mit Motiven, Theil I: Entwurf des Handelsgesetzbuches Theil II: Motive, Stuttgart 1839, 1840
Entwurf	eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staaten nebst Motiven, Berlin 1857
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 5. Aufl., Münster 1972
Esser	Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970 Band II, Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971
Falkenberg	Schicksal der Arbeitsverhältnisse bei Betriebsinhaberwechsel, in: RdA 1967, 121
Fikentscher	Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin, New York 1973
Flume	Gesellschaftsschuld und Haftungsverbindlichkeit des Gesellschafters bei der OHG, in: Festschrift für Alexander Knur, München 1972, S. 125

Galperin	Der Regierungsentwurf eines neuen Betriebsverfassungsgesetzes, Düsseldorf 1971
ders.	Betriebsnachfolge und Betriebsinhaberwechsel, in: DB 1962, 1078
Gaul	Betriebsinhaberwechsel und Arbeitsverhältnis, München 1966
v. Gierke	Dauernde Schuldverhältnisse, in: Jher. Jb. 64, 355
v. Godin	Umfang der Haftung eines aus einer offenen Handels- oder Kommanditgesellschaft ausgeschiedenen Gesellschafters für den von der Gesellschaft in Anspruch genommenen Bankkredit, in: BankArch. 1913, 338
Grell	Der Betriebsinhaberwechsel, zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Arbeitsverhältnis und Betrieb, Berlin 1957
Großkommentar	Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., Zweiter Band, 1. Halbband Dritter Band, Berlin, New York 1973 (zit.: Großkomm. z. HGB)
Hadding	Zur Haftung des ausgeschiedenen OHG-Gesellschafters, in: ZGR 1973, 137
Hanau/Adomeit	Arbeitsrecht, 3. Aufl., Frankfurt 1974
Handbuch der Personalgesellschaften	I. Teil, Gesellschaftsrecht, Köln-Marienburg 1967 (zit.: PH)
Hans	Das neue Mietrecht in den weißen Kreisen, München 1963
Heinemann	Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft aus Dauerschuldverhältnissen der OHG, Diss. Marburg 1972
Heymann-Kötter	Handelsgesetzbuch mit Erläuterungen, 21. Aufl., Berlin, New York 1971
Heyn	Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters aus Dauerschuldverhältnissen, in: NJW 1959, 923

Hueck	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., Berlin, New York 1971
Hueck-Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Erster Band, Berlin und Frankfurt 1963
Jacobi	Zur Haftung des aus der OHG ausgeschiedenen Gesellschafters, in: ZBH 1931, 237
Jaeger	Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, Kommentar, 8. Aufl., Erster Band, Berlin 1958
Jelinek	Der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses beim Betriebsinhaberwechsel, Diss. Kiel 1971
Keyßner	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, Stuttgart 1878
Kiefersauer-Glaser	Grundstücksmiete, 10. Aufl., Berlin 1965
Knackstedt	Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für die Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft im Verhältnis zu den Gläubigern der Gesellschaft, Diss. Marburg 1953
Koch	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, Berlin 1863
Koenige	Handausgabe des Handelsgesetzbuches, 4. Aufl., neubearb. von Robert Teichmann und Walter Koehler, 1. Band, Berlin 1936
Kornblum	Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, Frankfurt 1972
Korsch	Die stillschweigende Verlängerung des Mietvertrages, in: JW 1915, 747
v. Kräwel	Das Allgemeine Deutsche Handels-Gesetzbuch, Halle 1862
Kühne	Gläubigersicherung und Gesellschafterschutz im Rahmen der §§ 128, 129 HGB, in: ZHR 133, 149

Larenz	Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1970 2. Band, Besonderer Teil, 9. Aufl., München 1968
ders.	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1969
Lehmann-Dietz	Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Frankfurt 1970
Litthauer	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, 5. Aufl., Berlin und Leipzig 1883
Lutz, Johannes	Das neue Mietrecht des BGB, Düsseldorf 1968
Makower	Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, 7. Aufl., Berlin 1877
Medicus	Bürgerliches Recht, 6. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1973
Mittelstein	Die Miete, 4. Aufl., Berlin 1932
Molitor	Die Kündigung unter besonderer Berücksichtigung der Kündigung des Arbeitsvertrages, 2. Aufl., Mannheim 1951
Nehm	Die kündbaren Rechtsverhältnisse im Schuldrecht, Mannheim, Berlin, Leipzig 1933
Neumann-Duesberg	Gesetzliche Neuordnung des Übergangs von Arbeitsverhältnissen bei Betriebsinhaberwechsel, in: BB 1971, 969
ders.	Arbeitgeberkündigungen bei Betriebsübergang (§ 613a BGB), in: NJW 1972, 665
Nicknig	Die Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft für Gesellschaftsschulden, Köln, Berlin, Bonn, München 1972
Nikisch	Arbeitsrecht, 1. Band, Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Tübingen 1961
Ohse	Anmerkung zum Urteil des RG vom 9. Okt. 1929; 140/29 I - Berlin, in: JW 1930, 2657

Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 33. Aufl., München 1974
Pergande	Wohnraummietrecht, München und Berlin 1965
Protokolle	der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, im Auftrage dieser Kommission herausgegeben von J. Lutz, Würzburg 1857 - 67 (zit.: Lutz, Protokolle)
Quincke	Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters einer OHG aus schwebenden Schuldverhältnissen, Diss. Heidelberg 1922
Reichsgerichtsrätekommentar	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, 2. Aufl., II. Band, Berlin 1950 III. Band, Berlin 1963 (zit.: RGR-Komm. z. HGB)
Reichsgerichtsrätekommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., II. Band, 1. Teil, Berlin 1959 II. Band, 2. Teil, Berlin 1960 (zit.: BGB-RGRK)
Reinhardt	Gesellschaftsrecht, Tübingen 1973
Ritter	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., München und Berlin 1932
Roquette	Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Tübingen 1966
ders.	Analoge Anwendung des § 571 BGB, in: MDR 1957, 712
ders.	Anmerkung zum Urteil des LG Gießen vom 20. Juni 1956 - 2 S 79/56, in: NJW 1957, 1440
Rosenthal-Bohnenberg	Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1965
Rospatt	Die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für vertragliche Verbindlichkeiten der offenen Handelsgesellschaft, in: BankArch. 1930, 305

Ruth	Das Mietrecht der Wohn- und Geschäftsräume, Mannheim 1926
Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., 2. Band 3. Band, Berlin und Frankfurt 1965
Schlüter	Das Obiter dictum, München 1973
Schmidt, Klaus	Der Betriebsinhaberwechsel im Regierungsentwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes, in: BB 1971, 1199
Seiter	Wechsel des Betriebsinhabers und Arbeitsverhältnis, in: AR-Blattei Betriebsinhaberwechsel
Siber	Grundriß des Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, Leipzig 1931
Söllner	Arbeitsrecht, 2. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969
ders.	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12. Juli 1967 - VIII ZR 250/64, in: JZ 1968, 183
Soergel-Siebert	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10. Aufl., Band 2, Schuldrecht I, Stand: Herbst 1967 Band 3, Schuldrecht II, Stand: Frühjahr 1969, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 10. Aufl., Erster Band, Berlin und Leipzig 1920
v. Staudinger	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Aufl., Teil 1 a, Berlin 1967 Teil 1 c, Berlin 1967 Teil 1 d, Berlin 1969 3. Teil, Berlin 1958 4. Teil, Lieferung 1, Berlin 1958
Steckhahn	Der Bestandsschutz des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang, in: Festschrift für L. Schnorr v. Carolsfeld, Köln, Berlin, Bonn, München 1972, S. 463
Thöl	Das Handelsrecht, Erster Band, 5. Aufl., Leipzig 1875

Tomerius	Die Rechtsstellung des ausgeschiedenen Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, Diss. Königsberg 1923
Turba	Ausscheiden und Abschichtung eines Personalgesellschafters, Diss. Erlangen 1927
Wagner, Klaus	Gesellschaftsrecht, Göttingen 1970
Zimmermann, Wilhelm	Die Rechtswirkungen der Veräußerung und der Belastung des vermieteten Grundstücks auf das Mietverhältnis, München 1901

A Einleitung

I. Problemstellung

Nach §§ 105 Abs. 1, 128 HGB haften die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft unmittelbar persönlich und unbeschränkt für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Diese persönliche Haftung des OHG-Gesellschafters wird nicht dadurch beseitigt, daß er aus der fortbestehenden Gesellschaft ausscheidet. Vielmehr haftet der Ausgeschiedene auch weiterhin für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die bereits zur Zeit seiner Teilhaberschaft entstanden waren. Dagegen haftet er nicht, soweit es sich um Gesellschaftsschulden handelt, die erst nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft begründet worden sind.

Diese Regelung wird im Gesetz nicht ausdrücklich angeordnet. Sie ist dennoch zwanglos den Bestimmungen §§ 128, 159 HGB zu entnehmen. Das Fortbestehen der persönlichen Haftung für die v o r Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten wird in § 159 HGB notwendig vorausgesetzt und bestätigt, da diese Bestimmung u.a. eine Verjährungsregelung für eben solche Ansprüche gegen einen ausgeschiedenen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft darstellt. Der Haftungsausschluß für die n a c h Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten folgt ohne weiteres aus der Tatsache, daß § 128 S. 1 HGB die Gesellschaftereigenschaft des Haftenden im Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaftsverbindlichkeit voraussetzt. Nur wer bei Entstehung der Gesellschaftsverbindlichkeit schon oder noch Gesellschafter ist (oder es später wird: § 130 HGB) haftet für diese Gesellschaftsschuld. An dieser Voraussetzung fehlt es aber, wenn die Verbindlichkeit erst nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters begründet wird.

Für die Frage der Haftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters für eine bestimmte Gesellschaftsverbindlichkeit ist demnach entscheidend, ob die Verbindlichkeit bereits in dem Zeitpunkt, in dem sein Ausscheiden wirksam geworden ist, oder - im Hinblick auf § 15 HGB - zumindest im Zeitpunkt der Eintragung des Ausscheidens in das Handelsregister, begründet war oder ob sie erst später entstanden ist. Ohne Bedeutung ist dagegen die Fälligkeit der Gesellschaftsschuld. Wie sich aus § 159 Abs. 3 HGB ergibt, hat das spätere Fälligwerden der Verbindlichkeit keinen Einfluß auf die Haftung, sondern schiebt lediglich den Beginn der Verjährung hinaus.

Diese Haftungsregelung scheint auf den ersten Blick problemlos zu sein und die gegensätzlichen Interessen der Beteiligten, des ausscheidenden Gesellschafters einerseits und des Gesellschaftsgläubigers andererseits, in angemessener Weise zu berücksichtigen. Man betrachte etwa den Fall, daß die OHG zur Erweiterung ihrer Betriebsanlagen noch unter Mitwirkung des später ausscheidenden Gesellschafters Maschinen einkauft. Hier erscheint es durchaus sachgerecht, die persönliche Haftung auch des früheren Gesellschafters für den Kaufpreis über sein Ausscheiden hinaus andauern zu lassen. Denn anderenfalls würde der Gesellschaftsgläubiger ohne weiteres einen für seine Forderung haftenden Schuldner verlieren, auf dessen persönliche Kreditwürdigkeit er wohlmöglich bei Vertragsschluß besonders vertraut hat, und das infolge eines Umstandes, auf dessen Eintritt er keinerlei Einfluß hat. Ist hingegen der Kauf erst nach Ausscheiden des Gesellschafters und also ohne dessen Mitwirkung getätigt worden, bestand für den Gesellschaftsgläubiger keinerlei Anlaß, auf die Mithaftung des zuvor Ausgeschiedenen zu rechnen. Hier bildeten erkennbar nur die noch vorhandenen Gesellschafter die Kredit- und Haftungsgemeinschaft, auf die der Gläubiger als zusätzliche Sicherung seiner Forderungen vertrauen durfte.
Die Anwendung dieser Haftungsgrundsätze bereitet jedoch Schwierigkeiten, wenn es sich um Schuldverhältnisse handelt, die sich über einen mehr oder minder langen Zeitraum erstrecken, und die

insbesondere ein dauerndes Verhalten oder die Pflicht zu dauernden oder wiederholten Leistungen zum Inhalt haben. Als Beispiele derartiger in der handelsgeschäftlichen Praxis besonders bedeutsamer Schuldverhältnisse sind namentlich erwähnenswert: Miet- und Pachtverträge, Dienst- und Arbeitsverhältnisse, Kreditverträge, Lieferverträge allgemeiner Art, Dauerabnahmeverträge über Gas, Wasser und Strom, Verwahrungs- und Depotverträge, Kommissions- und Handelsvertreterverträge und endlich das Kontokorrentverhältnis. Für derartige Verträge, die häufig unter dem Begriff "Dauerschuldverhältnisse" zusammengefaßt werden, gilt nach einhelliger Ansicht im Grundsatz nichts anderes als bei den Schuldverhältnissen, die auf einen einmaligen Leistungsaustausch gerichtet sind. Die Frage der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters soll sich auch hier nach den Grundsätzen bestimmen, die in §§ 128, 159 HGB ihren Ausdruck gefunden haben. Entscheidend soll also zunächst allein sein, ob das Schuldverhältnis vor oder nach dem Ausscheiden des Gesellschafters begründet worden ist. Dagegen gilt als unbeachtlich, daß die sich aus diesen Verträgen ergebenden Teilverbindlichkeiten wie z.B. Mietzinsen oder Teillieferungen u.U. erst Jahre nach dem Ausscheiden fällig werden, da die spätere Fälligkeit, wie aus § 159 Abs. 3 HGB zu folgern sei, für die Haftung des Ausgeschiedenen keinerlei Bedeutung hat.

Eine solche Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters aus den genannten Schuldverhältnissen hat, sofern sie ohne jede Einschränkung befürwortet wird, erhebliche praktische Konsequenzen. Man denke etwa an folgenden Fall: Die OHG hat vor Ausscheiden des Gesellschafters Mietverträge über Büro- und Betriebsräume abgeschlossen; zugleich hat sie eine größere Anzahl von Arbeitnehmern eingestellt; über die zur Produktion benötigten Rohstoffe sind langfristige Lieferverträge vereinbart worden; überdies hat die OHG in erheblichem Umfang Kredite aufgenommen. Scheidet nun der Gesellschafter aus, haftet er dennoch weiterhin persönlich für sämtliche sich aus diesen Verträgen ergebende Einzelverpflichtungen. Er kann also jederzeit und während der gesamten

Vertragsdauer für die Mietzinsen, die Lohnzahlungsverpflichtungen, die Bezahlung von Einzellieferungen und für die Kreditverpflichtungen in Anspruch genommen werden, mögen die Verbindlichkeiten auch erst Jahre nach seinem Ausscheiden durch Gebrauchsgewährung, Arbeitsleistung, Lieferung oder Terminbestimmung fällig geworden sein. Es liegt auf der Hand, daß der ausgeschiedene Gesellschafter mit einer solchen Haftung schwer belastet wird und wirtschaftlich noch für geraume Zeit mit dem Schicksal des ihm nunmehr fremden Unternehmens eng verbunden bleibt.

Nun enthält das Gesetz, daß einerseits zugunsten des Gesellschaftsgläubigers von der fortbestehenden Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für zuvor entstandene Gesellschaftsschulden ausgeht, andererseits auch Bestimmungen, die eine solche Inanspruchnahme des Ausgeschiedenen weitestgehend ausschließen oder doch wenigstens zeitlich begrenzen sollen.
Nach § 738 Abs. 1 S. 2 BGB hat der Ausscheidende einen Anspruch gegen die übrigen Gesellschafter auf Befreiung von den gemeinschaftlichen Schulden. Sind diese noch nicht fällig, so kann die Gesellschaft nach § 738 Abs. 1 S. 3 BGB dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten. Diese Regelung erscheint ohne weiteres praktikabel bei solchen Schuldverhältnissen, die einen einmaligen Leistungsaustausch zum Inhalt haben. Sie dürfte aber bei den hier interessierenden "Dauerschuldverhältnissen" im Regelfall versagen. Für eine Schuldbefreiung bieten sich im wesentlichen zwei Möglichkeiten, nämlich die Schuldtilgung oder eine Vereinbarung mit dem Gläubiger, durch die der Ausgeschiedene aus der Haftung entlassen wird. Eine Schuldbefreiung durch Befriedigung des Gläubigers wird bei diesen Schuldverhältnissen schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil das bedeuten würde, daß die Gesellschaft ungeachtet der durch den Vertrag bestimmten Fälligkeitszeitpunkte für die gesamte noch ausstehende Vertragszeit vorzuleisten hätte. Eine Schuldbefreiung durch Vereinbarung mit dem Gläubiger (Erlaßvertrag gem. § 397 BGB, Schuldübernahme gem. §§ 414, 415 BGB o.ä.)

wird in der Regel ebenfalls nicht möglich sein. Denn der Gläubiger dürfte sich gerade angesichts der längeren Vertragsdauer kaum dazu bereitfinden, einen Schuldner, der noch bei Vertragsschluß vorhanden war, durch eine entsprechende Abrede aus der Haftung zu entlassen. Es verbliebe also nur die Möglichkeit, daß die Gesellschafter dem Ausgeschiedenen für die noch nicht fälligen Einzelforderungen Sicherheit leisteten. Eine solche Sicherheitsleistung ist aber bei langfristigen Schuldverhältnissen praktisch gar nicht durchführbar. Soweit es sich um unbefristete, von beiden Seiten kündbare Verträge handelt, wären die Forderungen des Gläubigers im Zeitpunkt des Ausscheidens nicht berechenbar, weil noch nicht abgesehen werden kann, wie lange der Vertrag fortgeführt werden wird und welche Ansprüche daraus erwachsen. Mithin könnte auch die Höhe der Sicherheitsleistung nicht bestimmt werden. Soweit es sich um langfristige auf bestimmte Zeit abgeschlossene Verträge handelt, könnte zwar die Höhe der Verbindlichkeiten abzuschätzen sein; die Gesellschaft wäre jedoch mit der Verpflichtung zu einer entsprechenden Sicherheitsleistung u.U. ruinösen Belastungen ausgesetzt. Man denke etwa an den Fall, daß die OHG langfristige Lieferverträge über die von ihr benötigten Rohstoffe eingegangen ist. Hier wird sie häufig auf die Verkaufserlöse für die Endprodukte angewiesen sein, um auch die Rohstoffe bezahlen zu können. Dann dürfte sie aber kaum imstande sein, bei Ausscheiden eines Gesellschafters für die Bezahlung sämtlicher noch ausstehender Teillieferungen Sicherheit zu leisten.

Eine zeitliche Grenze für die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters ergibt sich aus der besonderen Verjährungsbestimmung § 159 HGB. Nach § 159 Abs. 1 HGB verjähren die Ansprüche gegen einen Gesellschafter aus Verbindlichkeiten der Gesellschaft in fünf Jahren nach dem Ausscheiden des Gesellschafters, sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt. Die Vorschrift verfolgt offenkundig den Zweck, den ausgeschiedenen Gesellschafter, der innerhalb der bezeichneten Frist von den Gesellschaftsgläubigern unbehelligt gelassen worden ist, vor einer weiteren Inanspruchnahme für die

Gesellschaftsschulden zu schützen. Bei den längerfristigen Schuldverhältnissen scheint dieser Schutz jedoch wegen der Regelung des § 159 Abs. 3 HGB illusorisch zu bleiben. Wie schon erwähnt, ist diese Regelung nach einhelliger Ansicht auch auf die aus solchen Schuldverhältnissen fließenden Teilverbindlichkeiten anzuwenden mit der Folge, daß die Verjährungsfrist des § 159 Abs. 1 HGB für jede Einzelverpflichtung jeweils erst mit deren Fälligwerden in Lauf gesetzt wird. Da aber diese einzelnen Leistungen u.U. erst Jahre oder Jahrzehnte nach dem Ausscheiden fällig werden können, heißt das, daß durch § 159 HGB zwar die mögliche Inanspruchnahme für jede Einzelleistung zeitlich begrenzt wird, die Haftung aus dem Vertrag insgesamt aber keineswegs auf eine überschaubare Frist nach dem Ausscheiden reduziert wird. Die Grundregel des § 159 Abs. 1 HGB, den Ausgeschiedenen spätestens nach Ablauf von fünf Jahren vor der Inanspruchnahme durch Gesellschaftsgläubiger zu schützen, bleibt danach bei den langfristigen Schuldverhältnissen ohne praktische Bedeutung.

Damit liegt die Problematik der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für Verbindlichkeiten aus den sog. Dauerschuldverhältnissen offen zutage. Einerseits soll hier wie bei den übrigen Schuldverhältnissen für die Haftung des früheren Gesellschafters ausreichend sein, daß das Schuldverhältnis vor seinem Ausscheiden begründet worden ist. Andererseits fehlt es aber an einer Möglichkeit, den Ausgeschiedenen auch bei diesen Schuldverhältnissen zumindest wirtschaftlich vor der weiteren Inanspruchnahme zu sichern oder auch nur seine Haftung auf einen beschränkten Zeitraum zu begrenzen. Einerseits wird, wie insbesondere den Bestimmungen § 738 Abs. 1 BGB und § 159 Abs. 1 HGB zu entnehmen ist, das Interesse des ausgeschiedenen Gesellschafters an der baldmöglichen Befreiung von den Gesellschaftsschulden im Gesetz ausdrücklich als schutzwert anerkannt. Andererseits soll aber dem Ausgeschiedenen dieser Schutz gerade bei den Schuldverhältnissen versagt bleiben, bei denen regelmäßig wegen der längeren Vertragsdauer ungleich höhere Belastungen drohen und deshalb der Schutz des Ausgeschiedenen ganz besonders

geboten erscheint. Die Problematik ist seit langem umstritten. Eine befriedigende Lösung ist m.E. bis heute noch nicht gefunden worden.

II. Zum Begriff des Dauerschuldverhältnisses

Es ist heute allgemein üblich, die hier zu behandelnden Streitfragen unter den Begriff des Dauerschuldverhältnisses zu stellen. Es besteht indessen aus mehreren Gründen Anlaß, von dieser Terminologie abzuweichen.

Der Begriff des Dauerschuldverhältnisses ist zunächst weder seiner inhaltlichen Kennzeichnung nach sachlich gefordert, noch vermag er einen hinreichend weiten Rahmen abzugeben. Die den sog. Dauerschuldverhältnissen[1] eigentümlichen Elemente sind die zeitliche Erstreckung der Erfüllung des Schuldverhältnisses, weil es entweder ein dauerndes Verhalten oder in bestimmten Zeitabständen wiederkehrende Leistungen zum Inhalt hat, sowie die hieraus resultierende engere Verknüpfung der Vertragspartner, angesichts derer die Pflichten der Wahrung von "Treu und Glauben" gesteigerte Bedeutung gewinnen[2]. Für die folgende Untersuchung ist indes allein das Moment der zeitlichen Erstreckung von Interesse, das zudem durchaus nicht immer die Leistung betreffen muß. Zu Recht wird allgemein in diesen Fragenkomplex der Fall miteinbezogen, daß der Gesellschaftsgläubiger nach Ausscheiden des Gesellschafters Kreditierungshandlungen vornimmt[3]. Dabei braucht das zugrundeliegende Rechtsverhältnis weder ein sog. Dauerschuldverhältnis zu sein, noch vermag die zeitliche Ausdehnung zwischen Verpflichtung und Leistung den Rechtscharakter des Schuldver-

---

1) Hierzu grundlegend O. v. Gierke, Jher. Jb. 64, 355.
2) Vgl. z.B. Esser, Schuldrecht AT, § 23 II; Larenz, Schuldrecht AT, § 2 VI; Palandt-Heinrichs Anm. 5a vor § 241; Staudinger-Weber Einl. 027 vor § 241.
3) Dazu im einzelnen unten S. 80 ff.

hältnisses entsprechend zu verändern. Es ist dennoch nicht zu verkennen, daß bei solchen Kreditierungshandlungen das Moment der Zeitdauer in ähnlicher Weise in den Vordergrund tritt wie bei den Schuldverhältnissen, die auf eine dauernde Leistung gerichtet sind. Diese Übereinstimmung fordert aber nicht nur, diese Tatbestände gemeinsam zu betrachten; vielmehr sind sie, wie zu zeigen sein wird, aus denselben Erwägungen auch im Ergebnis ähnlich zu behandeln.

Darüber hinaus ist es die uneinheitliche und vielfach unsichere Abgrenzung, die den Begriff des Dauerschuldverhältnisses in diesem Zusammenhang als wenig geeignet erscheinen läßt. Neben einzelnen Schuldverhältnissen wie z.B. dem Darlehen[1] sind es insbesondere zwei Fallgruppen, das sog. Wiederkehrschuldverhältnis sowie die Raten- oder Teillieferungsverträge, die in ihrer begrifflichen Einordnung umstritten sind, deren Bedeutung für die folgende Untersuchung aber ganz unabhängig von solchen dogmatischen Zweifelsfragen festzustellen ist.
Obgleich das Wiederkehrschuldverhältnis teilweise zu den sog. Dauerschuldverhältnissen gezählt wird[2], kann es im Folgenden ausgeklammert werden. Unter einem Wiederkehrschuldverhältnis[3] ist eine Vielzahl gleichartiger, durch einen Rahmen- oder Grund-

---

1) Nach Esser, Schuldrecht AT, § 23 II und Schuldrecht BT, § 86 I 2, handelt es sich hierbei nicht um ein Dauerschuldverhältnis; a.A. z.B. Larenz, Schuldrecht BT, § 47 I; Fikentscher § 8, 7c.

2) So z.B. Staudinger-Weber Einl. 03 ff zu § 241; BGB-RGRK § 433 Anm. 101; wohl auch Esser, Schuldrecht BT, § 61 II; a.A. z.B. Fikentscher § 8, 7d; Larenz, Schuldrecht AT, § 2 VI; Jaeger, Konkursordnung, § 17 Anm. 18b; Behrens, Das Wiederkehrschuldverhältnis, S. 44 u. Fn. 134.

3) Der Begriff des Wiederkehrschuldverhältnisses wurde vom Konkursrecht her (Jaeger) geprägt, um bestimmte Rechtsgeschäfte, insbesondere die Versorgungsverträge über Strom, Gas und Wasser, vom konkursrechtlichen Zwang der vollen Begleichung (§ 17 KO) zu befreien; vgl. statt vieler Jaeger, Konkursordnung, § 17 Anm. 17, 18.

vertrag "genormter" Schuldverhältnisse zu verstehen, die kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Wiederholung des Vertragsschlusses für jeweils weitere Zeitabschnitte oder Warenmengen entstehen und deren jedes für eine wiederkehrende Einzelleistung eingegangen wird[1]. Sofern man diese Konstruktion des Wiederkehrschuldverhältnisses überhaupt anerkennt[2], kann die Frage nach der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters keinerlei Schwierigkeiten bereiten. Eine mögliche Inanspruchnahme eines ehemaligen Gesellschafters setzt jedenfalls voraus, daß die Verbindlichkeit bereits während seiner Mitgliedschaft begründet worden ist. Folglich kann hier seine Haftung nur für den während seines Ausscheidens laufenden Zeitabschnitt, nicht hingegen für die hernach abgeschlossenen Einzelverträge in Betracht kommen. Damit ist aber die Frage nach einer wohlmöglich langandauernden Haftung des Ausgeschiedenen praktisch gegenstandslos.
Den sog. Raten- oder Teillieferungsverträgen wird die Qualität als Dauerschuldverhältnis häufig mit der Begründung abgesprochen, hier habe das Moment der Zeit keinen Einfluß auf Inhalt und Umfang der Leistung sondern nur auf ihre Art und Weise; denn es handele sich um einen einheitlichen Vertrag, bei dem der Gesamtumfang der beiderseitigen Leistungen immer von vorneherein feststehe und im Unterschied zu dem normalen Kaufvertrag die Leistung

---

1) RGZ 148, 326, 330.
2) So insbesondere das konkursrechtliche Schrifttum, vgl. statt vieler Jaeger, aaO; ferner: Fikentscher § 8, 7d; Enneccerus-Lehmann § 101 II; BGB-RGRK § 433 Anm. 101; Erman-Hefermehl Anm. 71 vor § 145; Rosenthal-Bohnenberg Rdnr. 1231; Palandt-Heinrichs § 326 Anm. 13; zweifelnd: Staudinger-Weber Einl. C 16 ff zu § 241; Soergel-Reimer Schmidt § 241 Anm. 10; Soergel-Ballerstedt Anm. 30 vor § 433; Christodoulou S. 149; mit beachtlichen Gründen dagegen: Larenz, Schuldrecht AT, § 2 VI Fn. 1; Esser, Schuldrecht BT, § 61 II (ausführlicher Schuldrecht, 2. Aufl., § 20, 3); Medicus § 12 II 4c; zu der schwankenden Haltung in der Rechtsprechung vgl. Nachweise bei Jaeger, Konkursordnung, § 17 Anm. 18b.

der einen oder anderen Partei lediglich abweichend von § 266 BGB in Raten erfolge[1]. Dennoch sind auch diese Verträge, deren zeitliche Dauer immerhin beträchtlich sein kann, selbstverständlich Gegenstand der folgenden Untersuchung. Um jede begriffliche Enge bzw. Unsicherheit zu vermeiden, also insbesondere auch die Kreditierungshandlungen des Gläubigers, das Darlehen sowie die Raten- oder Teillieferungsverträge miteinzubeziehen, wird im Folgenden nur von längerfristigen bzw. längerdauernden Schuldverhältnissen die Rede sein.

---

1) Fikentscher § 8, 7b; Larenz, Schuldrecht AT, § 2 VI; Nehm, Die kündbaren Rechtsverhältnisse im Schuldrecht, S. 16; Christodoulou S. 146; Behrens S. 44.

B Hauptteil

Erster Abschnitt

Die bisherige Behandlung des Problems in Lehre und Rechtsprechung und kritische Stellungnahme

Eine Darstellung der bisherigen Lösungsversuche bereitet deshalb Schwierigkeiten, weil sich in der Betrachtungsweise dieser keineswegs neuen Problematik im Laufe der Zeit eine deutliche Wandlung vollzogen hat. In der älteren Rechtsprechung und ebenso im älteren Schrifttum hat man durchweg keinen Anlaß gesehen, in seinen Aussagen über den jeweils zu entscheidenden Einzelfall und insbesondere den ihm zugrundeliegenden Vertragstyp hinauszugehen. Dagegen neigt das neuere Schrifttum und in ersten Ansätzen auch die Rechtsprechung des BGH zunehmend zu einer verallgemeinernden Betrachtungsweise unter dem Begriff des sog. Dauerschuldverhältnisses. Die Folge ist eine vor allem im neueren Schrifttum sichtbare eigentümliche Zweigleisigkeit der Diskussion. Diese wird einerseits im Anschluß an die Rechtsprechung um eine Reihe von Fallgruppen geführt. Doch ist dort andererseits mehr und mehr der Streit um grundsätzliche, insbesondere eine Vielzahl verschiedener Vertragstypen betreffende Lösungsversuche in den Vordergrund getreten. Die folgende Darstellung will dem in der Weise entsprechen, daß zunächst allein diese unterschiedlichen Grundhaltungen herausgestellt, hingegen die teils in bedenklicher Beziehungslosigkeit daneben erörterten Einzelfragen erst später im Zusammenhang mit der Rechtsprechung behandelt werden.

I. Die grundsätzlichen Lösungsversuche im neueren Schrifttum

Der Streit im Schrifttum konzentriert sich in der Hauptsache auf solche längerfristigen Schuldverhältnisse, die üblicherweise für unbestimmte Zeit geschlossen werden mit dem Recht beider Vertragsteile, diese Verträge unter Einhaltung gewisser Fristen zu näher bestimmten Zeitpunkten zu kündigen. Eine nach dem gegenwärtigen Streitstand als wohl herrschend zu bezeichnende Ansicht neigt hier im Grundsatz - der Anwendungsbereich ist unsicher - zu einer Enthaftung des Ausgeschiedenen nach Ablauf der nächstfolgenden Kündigungsfrist. Eine ebenfalls stark vertretene Ansicht befürwortet demgegenüber die unbegrenzte Forthaftung des Ausgeschiedenen, sofern nicht die OHG z.B. durch eine Verzichtsvereinbarung mit dem Gläubiger oder Kündigung und Neuabschluß des Vertrages die Befreiung dieses Gesellschafters herbeigeführt hat. Hinzugetreten ist neuerdings eine vermittelnde Ansicht, die die Haftung des Ausgeschiedenen in entsprechender Anwendung des § 159 Abs. 1 HGB auf die dort bestimmte Fünfjahresfrist begrenzen will. Darüber hinaus wird teilweise noch die Frage diskutiert, wie lange die Haftung des Ausgeschiedenen bei ungewöhnlich langfristigen auf festbestimmte Zeit abgeschlossenen Verträgen andauern soll. Auch hier treten neuerdings vereinzelt Vertreter aller genannten Richtungen für eine Begrenzung der Haftung des Ausgeschiedenen in entsprechender Anwendung des § 159 Abs. 1 HGB ein.

1. Die Haftung des Ausgeschiedenen aus unbefristeten durch Kündigung zu beendenden Verträgen

a) Grundsatz der Enthaftung des Ausgeschiedenen bei Fortsetzung des Schuldverhältnisses über den nächstzulässigen Kündigungstermin hinaus

Bei längerfristigen Schuldverhältnissen, die auf unbestimmte Zeit mit dem Recht beider Vertragsteile zur Kündigung abgeschlossen sind, wird heute überwiegend die Ansicht vertreten, der ausgeschiedene Gesellschafter sei von einer weiteren Haftung befreit, wenn der Gesellschaftsgläubiger das Schuldverhältnis in Kenntnis des Ausscheidens über den nächsten zulässigen Kündigungstermin hinaus fortsetzt[1]. Dogmatisch wird dieses Ergebnis damit begründet, daß in der Fortsetzung des Vertrages ein stillschweigender Verzicht auf die Haftung des Gesellschafters zu erblicken sei. Kündige der Vertragsgegner in Kenntnis des Ausscheidens nicht, so akzeptiere er für die künftig entstehenden Teilansprüche die verbleibenden Gesellschafter als alleinige Schuldner; es sei mithin als vereinbart anzusehen, daß der Ausscheidende für die spätere Zeit nicht haften solle.
Im übrigen wird diese Ansicht auf folgende Argumente gestützt: Es entspreche einer natürlichen und wirtschaftlichen Betrachtungsweise[2], daß die Verbindlichkeiten aus solchen Verträgen allein von den jeweiligen Inhabern des Unternehmens zu tragen seien. Dies verlange auch das praktische Bedürfnis, da anderenfalls der Ausgeschiedene auf gar nicht abzusehende Zeit und in

---

1) Hueck, OHG, § 29 II 4 Fn. 44; Heyn, NJW 1959, 923; R. Fischer in Großkomm. z. HGB § 128 Anm. 53; Flume, Festschr. f. Alexander Knur, S. 141; Kornblum S. 177 ff; Lehmann-Dietz § 23 II 4; Weipert in RGR-Komm. z. HGB § 128 Anm. 29; Westermann PH Teil I Rdnr. 257; Bierhoff S. 32; einschränkend Baumbach-Duden § 128 Anm. 5 B; im Erg. teilweise auch Knackstedt S. 123 ff mit teils aber abweichender Begründung; für den Ausscheidenden aus der BGB-Gesellschaft ebenso Staudinger-Keßler § 736 Anm. 12.

2) Hueck, aaO, und ähnlich R. Fischer, aaO, sprechen hier von der "Natur der Dinge"; andere wie z.B. Heyn, aaO, Weipert, aaO, und Bierhoff, aaO sprechen hier sogar von einer "Verkehrsauffassung".

kaum abschätzbarer Höhe haftbar bleiben würde. Eine solche Haftung sei aber deshalb nicht gerechtfertigt, weil der Ausgeschiedene i.d.R. auf die weitere Durchführung des Rechtsverhältnisses keinen Einfluß mehr besitze und auch nicht mehr in den Genuß der von den Gesellschaftsgläubigern zu erbringenden Gegenleistung gelange. Zudem schmälere die Enthaftung auch nicht unzumutbar die Interessen der Gläubiger. Zwar dürften diese nach Sinn und Zweck der persönlichen Gesellschafterhaftung bei Abschluß des Vertrages darauf vertrauen, daß ihnen alle vorhandenen Gesellschafter und also auch ein etwa später Ausscheidender für die eingegangenen Verbindlichkeiten haften. Doch könne dieses Vertrauen nicht weiter reichen als bis zur nächsten zulässigen Kündigung des Vertrages; infolgedessen könne sich ein Gläubiger für die Folgezeit hierauf nicht mehr berufen[1].

Obgleich dieser Grundsatz nahezu allgemein in Beziehung auf die sog. Dauerschuldverhältnisse aufgestellt wird, sind offenkundig nicht immer alle Verträge gemeint, die unter diesem Begriff zu erfassen wären. Die Abgrenzung erscheint im einzelnen unsicher. Soweit dieser Grundsatz überhaupt ausdrücklich Einschränkungen unterworfen wird[2], ist etwa von den "laufenden Ausgaben des Unternehmens"[3] sowie von "Dauerschuldverhältnissen des täglichen Lebens"[4] die Rede, wozu namentlich Miet- und Pachtverträge, Arbeitsverhältnisse, Gas-, Wasser- und Stromlieferungsverträge sowie Liefervertrage allgemeiner Art, nach R. FISCHER[5] darüberhinaus auch Verwahrungsverträge im weitesten Sinne gehören sollen. Dementsprechend findet sich gelegentlich auch die negative Abgrenzung, daß die Anwendung jenes Grundsatzes sich bei

---

1) So ausdrücklich Flume aaO.
2) Das ist z.B. nicht der Fall bei Flume aaO; Lehmann-Dietz aaO; Staudinger-Keßler aaO.
3) So Hueck aaO; Kornblum aaO.
4) So Weipert aaO; Heyn aaO; Kornblum aaO; Bierhoff aaO.
5) AaO.

solchen Schuldverhältnissen verbiete, die wegen ihrer "Bedeutsamkeit nicht in den Kreis alltäglicher Verträge" hineinfallen[1]

Die Annahme einer in dieser Weise begrenzten Haftung des ausscheidenden Gesellschafters erscheint im Ergebnis sinnvoll. Denn wenn die Vertragsdauer im Zeitpunkt seines Ausscheidens völlig ungewiß und allein von den zukünftigen Entschließungen der übrigen Beteiligten abhängig ist, so ist kaum einzusehen, weshalb der Ausgeschiedene die hieraus erwachsenden Risiken unbegrenzt mittragen soll. Dennoch kann diese Ansicht aus mehreren Gründen nicht überzeugen.

Zweifelhaft erscheint schon der praktische Wert dieser Lösung, da keineswegs hinlänglich klargestellt wird, für welche Art von Verträgen dieser Enthaftungsgrundsatz gelten soll. Obgleich zum Teil Unterscheidungen angesprochen werden, ist - von den ausdrücklich genannten Beispielen und den später zu erörternden Einzelfällen abgesehen - kaum zu erkennen, wo die Grenzen verlaufen sollen. Wenn etwa einige Vertreter dieser Auffassung danach unterscheiden wollen, ob es sich um "Dauerschuldverhältnisse des täglichen Lebens" oder um solche Schuldverhältnisse handelt, die ihrer "Bedeutsamkeit" halber nicht "in den Kreis alltäglicher Verträge" hineinfallen, und darüber hinaus von Untergruppen wie "gewöhnlichen" Miet- und Pachtverträgen und Lieferverträgen "allgemeiner Art" die Rede ist, so dürfte damit in vielen Fällen kaum etwas anzufangen sein[2]. Die Abgrenzung etwa von HUECK, der in diesem Zusammenhang von den "laufenden Ausgaben" des Unternehmens spricht, wirkt nicht minder schemenhaft. Sie klärt vor allem deshalb wenig, weil nicht erkennbar ist, wie hierzu das Gegenteil - einmalige Leistungen oder aber etwa bei den von ihm selbst genannten Beispielsfällen Miet- und Pachtverträge zwar Miet- und Pachtzinsen, nicht aber Rückgabeansprüche? - gefunden werden soll. Von diesen Unklar-

---

1) So Heyn aaO; ähnlich Kornblum aaO.

2) An die "Geschäfte des täglichen Lebens" i.S. des § 196 BGB dürfte hier kaum gedacht sein. Weder wird irgendwo auf diese Bestimmung Bezug genommen, noch würden z.B. die mit der OHG geschlossenen Lieferverträge dieser Bestimmung unterfallen, vgl. § 196 Abs. 1 BGB.

heiten abgesehen ist es teils auch die Argumentation, die nicht recht zu überzeugen vermag. Wenn es etwa allgemein heißt, es entspreche der "Natur der Dinge", einer "natürlichen Betrachtungsweise" oder gar der "Verkehrsauffassung", daß die Verbindlichkeiten aus solchen Verträgen von den jeweiligen Inhabern des Unternehmens zu tragen seien, so steht das zum einen schon im Widerspruch zu der eigenen rechtlichen Konstruktion, wonach der Ausgeschiedene jedenfalls bis zum Ablauf der nächstfolgenden Kündigungsfrist und also für diesen Zeitraum trotz Verlust seiner Inhaberschaft verhaftet bleiben soll. Zum anderen müßte bei konsequenter Fortführung dieser These die Haftung des Ausgeschiedenen auch dann entfallen, wenn die gleichen Rechtsverhältnisse, also z.B. Miet-, Pacht- und Lieferverträge befristet abgeschlossen sind, zumal der Ausgeschiedene auch hier regelmäßig nicht mehr in den Genuß der erbrachten Gegenleistung gelangt. Bei den auf festbestimmte Zeit abgeschlossenen Verträgen wird jedoch eine Haftentlassung des Ausgeschiedenen ganz überwiegend abgelehnt[1].

Darüber hinaus ist es vor allem die rechtliche Konstruktion eines schlüssigen Haftungsverzichts, die zum Widerspruch herausfordert. Man scheut sich teilweise, ausdrücklich von einem Haftungsverzicht des Gläubigers zu sprechen[2] und das mit gutem Grund. Denn die generelle Annahme eines in diesem Sinne schlüssigen Verhaltens ist in den meisten Fällen eine mit den allgemeinen Grundsätzen unvereinbare Zwangsproduktion von Willenserklärungen, die teils schon unberücksichtigt läßt, inwieweit der Gläubiger sich im Einzelfall überhaupt Vorstellungen über die weitere Haftung des Ausgeschiedenen macht, und die im übrigen nicht selten zu einer Vergewaltigung des Parteiwillens führt.

---

1) Dazu im einzelnen unten S. 32 ff.
2) Mehr oder weniger ausdrücklich aber Hueck, OHG, § 29 II 4 Fn. 44; Kornblum S. 178; Weipert in RGR-Komm. z. HGB § 128 Anm. 29; Bierhoff S. 32.

Keinerlei Vorstellungen über die weitere Haftung des Ausgeschiedenen wird sich im allgemeinen z.B. der Arbeitnehmer machen. Denn dieser dürfte schon regelmäßig keine konkreten Vorstellungen über die Haftung der OHG-Gesellschafter und insbesondere die des Ausgeschiedenen haben. Überdies wird für ihn die Person des einzelnen Gesellschafters ohnehin von weitaus geringerem Interesse sein als für andere Gesellschaftsgläubiger. Der Arbeitnehmer ist den Vertrag mit der OHG im Regelfall eingegangen, ohne dabei der Kreditwürdigkeit des Unternehmens und seiner Träger besondere Beachtung zu schenken. Im Gegensatz zu anderen Gläubigern wird er im allgemeinen auch nicht imstande sein, sich über die Vermögensverhältnisse im einzelnen zu informieren, geschweige denn, sich darüber auf dem laufenden zu halten. Er wird an diesen Verhältnissen meist nicht einmal sonderlich interessiert sein. Er hat das Arbeitsverhältnis in der Erwartung aufgenommen, für seine Tätigkeit, wer auch immer ihm dafür einzustehen hat, entlohnt zu werden, und er weiß diese Erwartung selbst bei Vermögensverfall der Gesellschaft - z.B. durch § 61 Nr. 1 KO - besonders geschützt. Der Arbeitnehmer wird daher auch einer Änderung im Gesellschafterbestand kaum Beachtung schenken, jedenfalls solange nicht, als damit nicht der Bestand des Unternehmens und damit sein Arbeitsplatz bedroht erscheint. Infolgedessen wird er mit diesem Vorgang auch keinerlei Vorstellung über eine weitere Haftung verbinden, geschweige denn den Willen haben, mit der Fortsetzung seiner Arbeit einen Verzicht auf die Haftung des Ausgeschiedenen zum Ausdruck zu bringen.

Dagegen mag bei anderen Gesellschaftsgläubigern - man denke etwa an Kreditgeber, Lieferanten, Vermieter von Büroräumen und Betriebsstätten - zwar tatsächlich Anlaß zu der Annahme bestehen, daß ein Unterlassen der möglichen Kündigung mit einer wirklichen oder doch zu vermutenden Willensbildung hinsichtlich der Haftung des Ausgeschiedenen einhergeht. Die Behauptung, der Gläubiger "akzeptiere" nunmehr die verbleibenden Gesellschafter als alleinige Schuldner, ist indes eine Unterstellung, für die im Regelfall nicht der geringste Anhaltspunkt bestehen wird und für die,

wie KÖTTER[1] zutreffend bemerkt, auch keineswegs eine Vermutung spricht. Zu vermuten ist im allgemeinen vielmehr der entgegengesetzte Wille, da eine solche Haftentlassung dem Gläubiger, wird ihm nicht hierfür von der Gesellschaft ein Ausgleich angeboten, nur Nachteile einbringen würde. Deshalb wird, sofern nicht besondere Umstände hinzutreten, auch sein Schweigen keine andere Deutung zulassen.

Der Scheincharakter der Begründung wird im übrigen deutlich durch die Tatsache, daß sie auf einer Alternative aufbaut, die in Wahrheit keineswegs immer existiert. Der Annahme eines schlüssigen Haftungsverzichts liegt offenkundig die Überlegung zugrunde, dem Gläubiger, der den verbliebenen Gesellschaftern als alleinigen Schuldnern mißtraue, stehe immerhin frei, dies durch Kündigung des Vertrages zum nächstzulässigen Termin zum Ausdruck zu bringen. Alsdann befreie er sich auch von seinen Verpflichtungen und soweit ihm noch Forderungen gegen die Gesellschaft zustehen, könne er sich hierfür bis zu diesem Zeitpunkt an alle Gesellschafter einschließlich des Ausscheidenden halten. So könne etwa der Vermieter oder Verpächter die Miet- oder Pachtsache herausverlangen, der Lieferant seine Lieferungen einstellen und der Kreditgeber das Darlehen aufkündigen. Unterlassen diese Gläubiger jedoch die Kündigung, so sei damit zum Ausdruck gebracht, daß ihr Vertrauen für die Zukunft allein auf die Haftung der verbliebenen Gesellschafter gerichtet sei.
Diese Überlegung mag noch halbwegs realistisch erscheinen, wenn, wie häufig in den soeben genannten Beispielfällen, der Gläubiger an der Person der einzelnen Gesellschafter ein besonderes Interesse hat und er deshalb ein Ausscheiden tatsächlich zum Anlaß einer Kündigung nehmen könnte. Hingegen verliert sie ihren Sinn, wenn es an der genannten Alternative fehlt, weil der Gläubiger mangels eines besonderen Interesses an dem Ausscheidenden keinen Grund zur Kündigung sieht und diese auch keineswegs seinen Zwecken dienlich wäre.

---

1) Heymann-Kötter § 128 Anm. 1 a.E.

Das gilt zunächst für die Verträge über die Lieferung von Strom, Gas und Wasser. Hier wird es den Gläubigern regelmäßig schon bei Vertragsschluß mit der OHG nicht sonderlich auf die Kreditwürdigkeit der einzelnen Mitglieder angekommen sein; denn es handelt sich im allgemeinen um Unternehmen, für die wegen ihrer Monopolstellung und ihrer Versorgungsaufgabe ohnehin Kontrahierungszwang besteht[1]. Für sie wird folglich auch das Ausscheiden eines Gesellschafters ohne besondere Bedeutung sein und keinen Grund für eine Kündigung abgeben. Sie wäre auch kaum sinnvoll, da alsdann die Pflicht zum Neuabschluß bestünde.
Die Frage der Kündigung stellt sich ferner kaum, wenn, wie z.B. bei allgemeinen Miet- und Pachtverhältnissen, in denen die OHG als Vermieter bzw. Verpächter auftritt, für den Gläubiger weniger die Person der einzelnen Gesellschafter als vielmehr das sachliche Substrat im Vordergrund steht. Obgleich auch hier die Haftung des Gesellschafters z.B. für Schadensersatzansprüche erhebliche Bedeutung gewinnen kann, wird der Gläubiger häufig ungeachtet des Ausscheidens einzelner Mitglieder allein an dem Besitz der Miet- oder Pachtsache interessiert sein und somit keinerlei Anlaß zu einer Kündigung sehen. Dasselbe gilt endlich in ungleich höherem Maße bei den existenzbestimmten Rechtsverhältnissen wie den Arbeitsverhältnissen und den Mietverhältnissen über Wohnraum. Insbesondere bei diesen Schuldverhältnissen wird der Gesellschaftsgläubiger, d.h. Arbeitnehmer und Mieter, dem Ausscheiden des Gesellschafters i.d.R. keinerlei Beachtung schenken und allein an dem Erhalt von Arbeitsplatz und Wohnraum interessiert sein. Dabei wird ihn viel eher die Sorge bewegen, daß nunmehr von Seiten der Gesellschaft die Kündigung betrieben werden könnte, als etwa der Gedanke, daß damit seinerseits ein Anlaß zur Kündigung gegeben sei. Unter solchen Umständen ver-

---

1) Vgl. z.B. BGB-RGRK Anm. 8 vor § 145; Soergel-Reimer Schmidt Anm. 2 vor § 305; Staudinger-Kaduk Einl. 53 vor § 305; Palandt-Danckelmann Einf. 3a vor § 145.

liert aber die Konstruktion der wohl h.L. vollends an Glaubwürdigkeit. Sie mag in anderen Fällen behaupten, die Vertragsfortsetzung von Seiten des Gläubigers sei schlüssig, weil dieser den Vertrag auch hätte aufkündigen können, in den letztgenannten Beispielen ist eine solche Argumentation schlechterdings nicht möglich. Scheidet eine Kündigung regelmäßig aus, bzw. ist sie angesichts der Interessen des Vertragspartners nur von theoretischer Bedeutung, läßt sich redlicherweise nicht mehr behaupten, der Gläubiger habe sich für die Fortsetzung des Vertrages entschieden und also auch die verbliebenen Gesellschafter als alleinige Schuldner "akzeptiert". Hat er im Grunde nicht die Wahl, bleibt nicht einmal mehr der Schein eines Verzichts, womit aber das Verhalten des Gläubigers als Anknüpfungspunkt für die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters auf jeden Fall außer Betracht zu bleiben hat.

Zusammenfassend ist deshalb festzustellen, daß der Enthaftungsgrundsatz der wohl h.L. zwar zu sinnvollen Ergebnissen führen mag. Dogmatisch erscheint er jedoch kaum haltbar, weil dabei der Boden der Realität verlassen und mit Unterstellungen gearbeitet wird, die nichts weiter als eine Scheinbegründung darstellen. LARENZ[1] hat bemerkt, mit wenigen Rechtsfiguren sei soviel Mißbrauch getrieben worden und werde noch getrieben, wie gerade mit der stillschweigenden Willenserklärung, und diese Feststellung dürfte hier um einen weiteren Beispielsfall bereichert worden sein.

b) Grundsatz der Identität von Vertragsdauer und Haftung des Ausgeschiedenen

Eine ebenfalls stark vertretene Ansicht lehnt eine Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters aus den auf unbestimmte Zeit

---

1) Schuldrecht AT, § 19 IV b.

fortgesetzten Schuldverhältnissen grundsätzlich ab[1]. Der wohl h.L. wird vor allem unter Hinweis auf den fiktiven Charakter ihrer rechtlichen Konstruktion entgegengetreten. So wird zwar überwiegend eingeräumt, daß die Vertragsfortsetzung von Seiten des Gläubigers als eine Haftentlassung im Wege des Verzichts aufzufassen sein kann; bestritten wird jedoch, daß dies im allgemeinen der Fall sein soll. Vielmehr handele es sich insoweit um eine Tatfrage, die nur auf Grund aller Umstände zu beurteilen sei; grundsätzlich könne aber ein solcher Verzicht, wenn nicht besondere Anhaltspunkte hinzutreten, nicht anzunehmen sein[2]. Darüber hinaus wird insbesondere darauf verwiesen, es sei nicht einzusehen, weshalb gerade der Gläubiger damit belastet sein solle, auf ein Ausscheiden von Gesellschaftern gegebenenfalls mit einer Kündigung zu reagieren. Wenn schon eine Haftungsbegrenzung angestrebt werde, so sei es vielmehr die Gesellschaft, in deren Sphäre auch die Ursache liege, die zu diesem Zweck initiativ werden und notfalls dem Vertragsgegner kündigen müsse[3]. Im übrigen sei aber die Risikoentlastung des ausgeschiedenen Gesellschafters eine Frage, die allein im Innenverhältnis mit der OHG anläßlich des Ausscheidens zu regeln und die deshalb auf die Haftung gegenüber den Gläubigern der OHG ohne Einfluß sei[4].

Obgleich diese Ansicht zu Recht die Konstruktion der wohl h.L. verwirft, vermag sie dennoch weniger zu befriedigen, da eine derart grenzenlose Haftung gerade wegen der unbestimmten Laufzeit der Verträge für den ausgeschiedenen Gesellschafter offenkundig

---

1) Heymann-Kötter § 128 Anm. 1 und 5; Hadding ZGR 1973, 137, 151 ff; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 128 Anm. 17; Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 31 und 34; Koenige-Teichmann-Koehler § 128 Anm. 2; Korsch JW 1915, 747; Wagner S. 137; für die ausgeschiedenen Mitglieder einer BGB-Gesellschaft ebenso Nicknig S. 88 ff.

2) Schlegelberger-Geßler aaO; ähnlich Düringer-Hachenburg-Flechtheim aaO; Heymann-Kötter aaO.

3) So insbesondere Hadding aaO; Wagner aaO; Nicknig aaO; ähnlich Schlegelberger-Geßler aaO; teilweise auch Baumbach-Duden § 128 Anm. 5 b; Knackstedt S. 118.

4) Hadding aaO S. 153.

zu untragbaren Ergebnissen führt. Diese erscheinen zwar in der Tat abgewendet, soweit man teilweise darauf verweist, daß ja immerhin die Gesellschaft das Schuldverhältnis kündigen und sodann dem Gläubiger den Neuabschluß antragen könne. Indes erscheint der praktische Nutzen einer solchen Lösung mehr als zweifelhaft.

Zu denken ist zunächst an solche Schuldverhältnisse wie Mietverhältnisse über Wohnraum sowie die praktisch besonders bedeutsamen Arbeitsverhältnisse, bei denen die Kündigungsbefugnis seitens der Gesellschaft durch Gesetz eingeschränkt ist. Da weder das Mieterschutzrecht[1] noch das Kündigungsschutzrecht für den Arbeitnehmer[2] eine derartige "Änderungskündigung" kennen und sie überdies mit nachteiligen Wirkungen für Mieter und Arbeitnehmer verbunden ist, dürfte sie allenfalls in dem Rahmen zulässig sein, in dem auch sonst die OHG zu einer Kündigung berechtigt wäre. Das aber würde insbesondere beim Arbeitsverhältnis, wenn der Arbeitnehmer weiterbeschäftigt werden kann und soll (vgl. § 1 KSchG), praktisch nichts anderes bedeuten, als daß der ausgeschiedene Gesellschafter doch wiederum für die gesamte Vertragsdauer verhaftet bleiben würde.
Zweifelhaft erscheint darüber hinaus, ob es der Gesellschaft tatsächlich zugemutet werden kann, zwecks Enthaftung des Ausgeschiedenen sämtliche laufende Verträge formal aufzukündigen. Denn damit würde man von ihr verlangen, daß sie nachdrücklich von sich aus auf die Verringerung ihrer Kreditbasis hinweist, bei den Gesellschaftsgläubigern vermeidbare Unsicherheit hervorruft und damit zugleich das Risiko eingeht, daß für sie günstige Verträge überhaupt nicht oder nur zu ungünstigeren Bedingungen fortgeführt werden. Vor allem aber vermag diese Lösung dem Ausgeschiedenen keine hinreichende Sicherheit zu bieten. Gerade wenn sich die Gesellschaft in wirtschaftlich schwierigen Verhältnissen befindet und dem Ausgeschiedenen an einer baldigen

---

1) Vgl. insbesondere Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum v. 25. Nov. 1971, BGBl I S. 1839 sowie die Bestimmungen §§ 556 a-c BGB.
2) Vgl. insbesondere Kündigungsschutzgesetz §§ 1, 2.

Haftungsbefreiung besonders gelegen ist, werden sich die verbliebenen Gesellschafter etwa aus den soeben genannten Gründen häufig weigern, eine Kündigung auszusprechen, und der Ausgeschiedene hat demgegenüber keine Möglichkeit, einen tatsächlichen oder rechtlichen Zwang auf die Gesellschaft auszuüben[1].

Was es im übrigen bedeuten würde, den Ausgeschiedenen einer praktisch unbegrenzten Forthaftung zu unterwerfen, zeigt besonders deutlich das Beispiel des Arbeitsverhältnisses. Man halte sich vor Augen, daß die Verpflichtungen aus den Arbeitsverhältnissen häufig die Hauptverbindlichkeiten des Unternehmens darstellen. Man bedenke ferner, daß die Haftung des ehemaligen Gesellschafters insbesondere dann praktisch wird, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig geworden und von den vorhandenen Gesellschaftern keine Befriedigung mehr zu erwarten ist. Wird nun der ausgeschiedene Gesellschafter - und zwar er allein - mit diesen Ansprüchen konfrontiert, wird er damit in den meisten Fällen völlig überfordert sein. Demgegenüber läßt sich kaum einwenden, die Ansprüche der Arbeitnehmer seien durch die konkursrechtlichen Bestimmungen besonders geschützt, so daß der Ausgeschiedene allenfalls für etwaige Restforderungen verhaftet bliebe. Zu beachten ist zunächst, daß der ehemalige Gesellschafter, wird seine unbegrenzte Haftung grundsätzlich befürwortet, zu jeder Zeit in Anspruch genommen werden kann. Denn er haftet dann wie die verbliebenen Gesellschafter der OHG unmittelbar, also ohne das Recht, von den Gläubigern zunächst den Versuch einer Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen zu verlangen[2]. Dem Ausgeschiedenen bleibt hier immerhin die Schwierigkeit, sich mit seinen ehemaligen Mitgesellschaftern auseinanderzusetzen.

---

1) A.A. Nicknig S. 90 Fn. 20, der - für die BGB-Gesellschaft - neuerdings meint, der Ausgeschiedene könne von seinen Mitgesellschaftern wegen § 738 Abs. 1 S. 2 BGB dieses Vorgehen notfalls auch durch Klage erzwingen. Diese Annahme dürfte jedoch nicht nur über den Wortsinn der Bestimmung hinausgehen, sondern auch mit Sinn und Zweck dieser Ausscheidensregelung unvereinbar sein, wonach gerade die Gesellschaft im Gegensatz zu einer Auflösung trotz Ausscheidens eines Mitglieds als wirtschaftliche Einheit in Identität und Bestand unverändert erhalten bleiben soll.

2) Statt vieler Lehmann-Dietz § 21 I 1.

Im Falle des Konkurses ist es zudem durchaus möglich, daß die noch vorhandenen Vermögensmassen keineswegs hinreichen, um etwa die Löhne der infolge des Konkurses gemäß § 22 KO gekündigten Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfristen (= Masseschulden gem. § 59 Nr. 2 KO) sowie Lohnrückstände aus dem letzten Jahr vor der Eröffnung des Konkurses (= bevorrechtigte Konkursforderungen gem. § 61 Nr. 1 KO) zu decken[1]. Die Zahlungsverpflichtungen des Ausgeschiedenen könnten damit einen gewaltigen Umfang annehmen. Aber auch wenn die genannten Forderungen noch aus dem Vermögen der Gesellschaft oder ihrer Mitglieder befriedigt werden, wird der ehemalige Gesellschafter mit seiner Inanspruchnahme rechnen müssen und zwar für solche Verbindlichkeiten, die nicht den Schutz des § 61 Nr. 1 KO genießen. In Betracht kommen hier Pensionsansprüche, soweit ihnen das Vorrecht des § 61 Nr. 1 KO abgesprochen wird[2], ferner Rückstände, die älter als ein Jahr sind, sowie andere Ansprüche als Dienstbezüge wie z.B. auf Entschädigung oder Vergütung für eine Erfindung, auf Ersatz von Auslagen, auf Ersatz des Schadens, den der Arbeitnehmer im Dienst erlitten hat, und schließlich auf Schadensersatz für den vorzeitigen Vertragsabbruch gem. § 22 Abs. 2 KO[3]. Insgesamt läßt sich also feststellen, daß im ungünstigen Falle der Umfang der Haftung schon allein aus den Arbeitsverhältnissen so beträchtlich wäre, daß ein späterer Zusammenbruch der Gesellschaft zugleich den persönlichen Ruin des Ausgeschiedenen zur Folge haben kann.

Mehr noch als das mögliche Ausmaß der Haftung befremdet aber ihre mögliche Dauer. Wenn die hier besprochene Ansicht für die Forthaftung allein die Entstehung des Arbeitsverhältnisses entscheidend sein läßt, so bedeutet das, daß der Ausgeschiedene

---

1) Die praktische Häufigkeit dieses Falles hat den Gesetzgeber jüngst veranlaßt, das Gesetz über Konkursausfallgeld v. 17. Juli 1974, BGBl I S. 1481, zu erlassen.
2) Zu der Streitfrage vgl. z.B. Jaeger, Konkursordnung, § 61 Anm. 16b.
3) Vgl. dazu im einzelnen Jaeger, Konkursordnung, § 61 Anm. 16 ff und § 22 Anm. 19.

jedem Arbeitnehmer, der bereits vor seinem Ausscheiden dem Unternehmen angehörte, solange haftet, wie dieser sein Arbeitsverhältnis mit der Gesellschaft aufrechterhält. Die Haftung des Ausgeschiedenen wird sich damit ungeachtet der Trennung von dem Unternehmen häufig über zehn oder zwanzig Jahre und mehr erstrecken. Im krassen Falle kann er dem Arbeitnehmer gar ein lebenslanger Schuldner sein, nämlich dann, wenn dieser dem Betrieb bis zum Erreichen der Altersgrenze treu bleibt und damit einen Anspruch auf Ruhegeld erworben hat[1].

Es liegt auf der Hand, daß eine solche Haftung des Ausgeschiedenen nicht sinnvoll sein kann. Denn sie würde ihn wirtschaftlich in unerträglicher Weise weiterhin an das ihm nunmehr fremde Unternehmen ketten, ihn für die Zukunft weitgehend in seiner Handlungsfreiheit beeinträchtigen und u.U. gar eine latente Bedrohung seiner wirtschaftlichen Existenz darstellen. Wenn demgegenüber etwa von HEINEMANN[2] eingewendet wird, der ausscheidende Gesellschafter, der mit einer Inanspruchnahme aus Verpflichtungen der OHG zu rechnen habe, werde "verständigerweise für diesen Fall Mittel in angemessener Höhe bereithalten", so erscheint das wirklichkeitsfremd. Wenn das Unternehmen eine große Anzahl von Arbeitnehmern beschäftigt, so ist schon kaum vorstellbar, wie der ehemalige Gesellschafter auch nur im Hinblick auf die möglichen Verpflichtungen aus diesen Arbeitsverhältnissen imstande sein soll, mit seinen Mitteln allein entsprechend vorzusorgen. Und wäre ihm das tatsächlich noch möglich,

---

1) Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die Tatsache, daß derzeit an einem Gesetzesentwurf gearbeitet wird, in dem vorgesehen ist, dem Arbeitnehmer betriebliche Ruhegeldansprüche unter bestimmten Voraussetzungen auch im Falle eines Arbeitsplatzwechsels zu erhalten. Eine solche Regelung hätte nach der obengenannten Ansicht zur Folge, daß der ehemalige Gesellschafter bestimmten Arbeitnehmern auch nach einem frühzeitigeren Ausscheiden aus dem Unternehmen für die Ruhegeldansprüche haften würde.

2) S. 119; Heinemann tritt allerdings unter bestimmten Voraussetzungen für eine Begrenzung der Haftung auf fünf Jahre ein; vgl. unten S. 28 f.

so könnte es doch keinesfalls über einen so unabsehbaren Zeitraum verlangt werden, bis sich in der Gesellschaft nur noch wenige Arbeitnehmer aus der Zeit seiner Gesellschaftszugehörigkeit befinden und das Risiko der möglichen Inanspruchnahme gering geschätzt werden kann.

Es ist endlich darauf hinzuweisen, daß die Annahme einer unbegrenzten Forthaftung des Ausgeschiedenen eine unterschiedliche Behandlung der Gesellschaftsgläubiger zur Folge hat, die mindestens im Hinblick auf die Arbeitsverhältnisse fragwürdig anmuten muß. Gerät die OHG in Vermögensverfall und reichen die vorhandenen Vermögensmassen zur Befriedigung der Gläubiger nicht aus, so muß nach dieser Auffassung konsequenterweise zurückgerechnet und unterschieden werden, welche Gläubiger unter welchen Gesellschaftern die vertraglichen Beziehungen mit der OHG aufgenommen haben. Die Folge wäre, daß ein Teil der Gläubiger in einem ehemaligen Gesellschafter noch einen Schuldner finden würde, der andere Teil aber wegen des erst später erfolgten Vertragsschlusses insoweit leer ausgehen müßte. Diese Unterscheidung mag noch sinnvoll erscheinen, soweit es sich um Gläubiger handelt, die ihre Dispositionen mit der OHG gerade auch in Ansehung der Vermögensverhältnisse ihrer einzelnen Mitglieder getroffen haben. Denn diese könnten sich immerhin darauf berufen, der Vertragsschluß sei in dem Vertrauen erfolgt, daß ihnen die zu dieser Zeit vorhandenen Gesellschafter und also auch ein etwa später Ausscheidender für die gesamte Vertragsdauer haften würde. Für den Arbeitnehmer liegen indes die Dinge anders. Wie bereits gesagt, sind die Arbeitnehmer im allgemeinen das Arbeitsverhältnis eingegangen, ohne die Vermögensverhältnisse im einzelnen zu kennen und ohne deshalb an den jeweiligen Gesellschaftern besonders interessiert zu sein. Sie haben ihre Tätigkeit allein in der Erwartung aufgenommen, auf jeden Fall, wer immer ihnen dafür einzustehen hat, auch entlohnt zu werden. Sie alle sind ob früher oder später gewissermaßen unter den gleichen Bedingungen angetreten. Alsdann erscheint es jedoch sachlich nicht gerecht-

fertigt, ihnen unterschiedliche Sicherheit bieten zu wollen und allein den Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheiden zu lassen, ob ihnen ein ausgeschiedener Gesellschafter noch zusätzlich haftet oder nicht. Würde man dennoch so entscheiden, so würden die Ergebnisse mindestens aus der Sicht der Betroffenen mit Recht als zufällig und unbillig empfunden werden.

c) Enthaftung des Ausgeschiedenen in entsprechender Anwendung des § 159 Abs. 1 HGB

Insbesondere von REINHARDT[1] und HEINEMANN[2] wird neuerdings die vermittelnde Ansicht vertreten, die Haftung des Ausgeschiedenen sei ohne Rücksicht auf die tatsächliche Vertragsdauer in entsprechender Anwendung des § 159 Abs. 1 HGB auf die dort bestimmte Fünfjahresfrist zu begrenzen.
REINHARDT meint, dem Ausgeschiedenen dürfe das Risiko der Kreditfähigkeit der Gesellschaft nicht ad infinitum angelastet werden. Vielmehr müsse, da bei langfristigen Schuldverhältnissen allgemein eine Kündigung aus wichtigem Grunde möglich sei, auch der ausgeschiedene Gesellschafter angesichts des Endes seiner Einflußmöglichkeiten auf die OHG nach Ablauf einer angemessenen Frist von seinen Verpflichtungen freiwerden können. Eine Abwägung der Umstände auf beiden Seiten, wo dem berechtigten Sicherungsinteresse des Gläubigers das ebenso berechtigte Entlastungsinteresse des Gesellschafters angesichts der veränderten Umstände gegenüberstehe, spreche dafür,

---

1) Gesellschaftsrecht, Rdnr. 148.
2) S. 88 ff; im Ergebnis ähnlich für Miet-, Pacht-, Verwahrungs- und Darlehensverträge Knackstedt S. 123 ff.

an die für die Verjährung vorgesehene entlastende Fünfjahresfrist "als Regel auch für das Fortwirken von Dauerschuldverhältnissen zu Lasten des ausgeschiedenen Gesellschafters anzuknüpfen". Für die bis dahin fällig gewordenen Forderungen gälte allerdings wieder die Verjährungsfrist. Dem Gläubiger wäre damit hinreichend gedient; denn er hätte bis dahin die Möglichkeit abzuwägen, wie er sich im Verhältnis zu der Gesellschaft gegen den Verlust eines Schuldners nach den fünf Jahren absichern kann, sofern er beabsichtigt, das Schuldverhältnis weiterlaufen zu lassen.

Zu einem ähnlichen Ergebnis führt die bisher umfangreichste Untersuchung dieser Problematik von HEINEMANN. Nach seiner Auffassung entspricht es Gesetzeszweck und Interessenbewertung in den §§ 128, 159 HGB, den ausgeschiedenen Gesellschafter nach Ablauf der Fünfjahresfrist vor einer Inanspruchnahme durch die Gesellschaftsgläubiger zu schützen. Der ehemalige Gesellschafter soll sich daher in entsprechender Anwendung des § 159 Abs. 1 HGB mit der Einrede der Verjährung wehren können. Im Gegensatz zu REINHARDT soll diese Verjährung aber auch die Teilverbindlichkeiten erfassen, die im Zeitpunkt des Ausscheidens noch nicht entstanden sind und für die also gem. § 198 BGB die Verjährungsfrist noch nicht zu laufen begonnen hat, weshalb HEINEMANN diese Einrede als "verjährungsähnliche Einrede" bezeichnet[1]. Diese Einrede soll aber nur Erfolg haben, wenn der Gläubiger tatsächlich fünf Jahre nach Eintragung des Ausscheidens ins Handelsregister untätig geblieben ist. Habe er hingegen den ehemaligen Gesellschafter innerhalb der fünf Jahre in Anspruch genommen oder habe er Handlungen vorgenommen, die bei einer Verjährung nach den §§ 208 ff BGB zu einer Unterbrechung führen, so beginne eine neue Fünfjahresfrist zu laufen[2]. Ein entsprechendes Vorgehen des Gläubigers sei jederzeit zulässig. Es verstoße nicht etwa gegen Treu und Glauben, wenn der Gläubiger trotz Zahlungsfähigkeit der Gesell-

---

1) S. 118.
2) S. 120 ff.

schaft allein zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung gegen den ehemaligen Gesellschafter vorgehe[1]. Die Verjährung soll allerdings nicht alle aus dem betreffenden Schuldverhältnis fließenden Verbindlichkeiten erfassen. Vielmehr sei ein Unterschied zu machen, je nachdem ob es sich bei den jeweiligen Ansprüchen um vor oder nach dem Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten handele. So sei etwa bei einem Darlehen zwischen der Haftung für die Zinsen und der für die Rückzahlung des Darlehens zu unterscheiden. Gegen die Inanspruchnahme für die Zinsen könne sich der Ausgeschiedene wie auch für Lohnforderungen mit der "verjährungsähnlichen Einrede" wehren. Hingegen sei die Rückzahlung des Darlehens und ebenso die Herausgabe der Mietsache eine einmalige Leistung, für die, da es sich um eine vor Ausscheiden begründete Verbindlichkeit handele, auch der ehemalige Gesellschafter haften müsse. In diesen Fällen könne erst mit Ablauf von fünf Jahren seit der tatsächlichen Entstehung des Anspruchs, also mit Ausübung der Kündigung, die "verjährungsähnliche Einrede" geltend gemacht werden[2].

---

1) S. 120, 94. Diese Feststellung richtet sich insbesondere gegen die Auffassung von Heyn, NJW 1959, 923, 924, der als erster - allerdings nur im Hinblick auf langfristige auf festbestimmte Zeit abgeschlossene Verträge - für eine Enthaftung des Ausgeschiedenen gem. § 159 Abs. 1 HGB analog eingetreten ist und hinsichtlich der Verjährungsunterbrechung meint, es verstoße gegen Treu und Glauben, wenn die Inanspruchnahme des ausgeschiedenen Gesellschafters einer Gesellschaft, deren Liquidität auch in naher Zukunft nicht zweifelhaft erscheint, allein zu diesem Zwecke erfolge.

2) S. 120. Von den genannten Regeln soll allerdings ein Vertragstyp ausgenommen sein, der ansonsten einhellig allgemeinen Grundsätzen unterstellt wird. Für die Dauerabnahmeverträge über Gas, Wasser und Strom sollen die Kontokorrentvorschriften §§ 355 ff HGB analog angewandt werden, d.h. es soll für die Haftung des Ausgeschiedenen der Saldo beim Ausscheiden maßgebend sein, der jedoch durch den nach dem Ausscheiden gezogenen niedrigsten Zwischensaldo begrenzt wird (S. 82 ff).

Diese vermittelnden Lösungsvorschläge von REINHARDT und HEINEMANN vermögen weniger noch als die vorgenannten Ansichten zu überzeugen, da sie deren Vorzüge entbehren, ihre Schwächen indes vereinigt in Erscheinung treten. In konstruktiver Hinsicht erscheinen sie mindestens so zweifelhaft wie die wohl h.L., Denn es dürfte dogmatisch kaum zu erklären sein, wie eine Verjährungsfrist als Beendigungstatbestand für solche Forderungen wirken soll, die im Verlauf dieser Frist noch nicht fällig geworden und insoweit noch gar nicht zur Entstehung gelangt sind. Darüber hinaus führen sie zu Ergebnissen, die ebensowenig sachgerecht erscheinen wie die der zuvor geschilderten Auffassung. Dies gilt umso mehr, als in beiden Vorschlägen von der grundsätzlich geforderten Haftungsbegrenzung auf die Fünfjahresfrist des § 159 Abs. 1 HGB zu einem Teil wieder abgerückt wird.
Nach beiden Ansichten haftet der Ausgeschiedene zunächst auf jeden Fall für fünf Jahre unbeschränkt. Insoweit bleibt es also bei der fragwürdigen Konsequenz, daß wegen des aufgezeigten möglichen Haftungsumfangs ein Zusammenbruch des Unternehmens den ehemaligen Gesellschafter noch nach Jahren mitzuruinieren vermag. Wenn REINHARDT im übrigen für die innerhalb dieser Frist fällig werdenden Teilverbindlichkeiten wiederum die Frist des § 159 Abs. 1 HGB gelten lassen will, so bedeutet das, daß der Ausgeschiedene auch nach fünf Jahren noch keine Sicherheit erlangen, sondern etwa für die letzten Teilforderungen bis zum Ablauf von nahezu zehn Jahren in Anspruch genommen werden kann.
HEINEMANN entwertet seine Lösung gleich in doppelter Hinsicht. Kaum verständlich ist zunächst, daß er dem Gläubiger jederzeit die Möglichkeit der Verjährungsunterbrechung zubilligen will. Die von ihm angenommene Fünfjahresfrist verliert zwangsläufig ihren Sinn, wenn sie jederzeit durch entsprechende Handlungen des Gläubigers gestreckt werden kann. Der gut beratene Gesellschaftsgläubiger würde selbstverständlich dafür sorgen, daß die laufende "Verjährungsfrist" rechtzeitig unterbrochen wird. Die Folge wäre, daß der Ausgeschiedene also doch für die gesamte Vertragsdauer haftbar gemacht werden könnte. Das Nachsehen hätten

andere Gläubiger und gewiß gerade auch der Arbeitnehmer. Dieser dürfte schon kaum auf den Gedanken kommen, einen vor mehreren Jahren ausgeschiedenen Gesellschafter in Anspruch zu nehmen. Erst recht wird ihm aber fernliegen, die "Verjährungsfrist" zu unterbrechen, also z.B. auf Feststellung seiner Ansprüche gem. § 209 Abs. 1 BGB zu klagen. Und wäre es anders, so müßte das Ausscheiden von OHG-Gesellschaften stets von Prozeßlawinen gefolgt sein.

Wenig konsequent erscheint zudem, wenn für die Enthaftung unterschieden werden soll, ob die einzelnen Ansprüche vor oder nach dem Ausscheiden des Gesellschafters begründet worden sind. Wenn HEINEMANN ohne nähere Erläuterung meint, die entsprechende Anwendung des § 159 Abs. 1 HGB könne z.B. bei einem Darlehen nur für die Zinsen gelten nicht aber für den Rückzahlungsanspruch und ebenso wenig etwa für die Herausgabe der Mietsache, dann stellt sich in der Tat die Frage nach dem praktischen Nutzen dieser Lösung. Denn damit werden gerade diejenigen Ansprüche ausgeklammert, die bei vielen Vertragsarten den eigentlichen Gegenstand des Streits um die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters darstellen. So geht es beim Darlehensvertrag ähnlich wie bei dem besonders diskutierten Fall des Kontokorrentverhältnisses[1] i.d.R. um die Rückzahlungsverpflichtung und weniger um die Zinsen. Dies gilt erst recht für den ebenfalls besonders behandelten Fall des Depotvertrages[2], bei dem ausschließlich die Haftung für die Rückgabeverpflichtung der Gesellschaft in Frage steht. Aber auch bei den Miet- und Pachtverträgen stehen nicht unbedingt die "nach dem Ausscheiden begründeten" Miet- und Pachtzinsansprüche im Vordergrund; vielmehr kann auch hier gerade die Haftung für den Rückgabeanspruch bedeutsam werden, wenn nämlich eine wertvolle Miet- oder Pachtsache nach Ausscheiden des Gesellschafters durch Verschulden der verbliebenen Mitglieder verschlechtert oder untergegangen ist.

---

1) Dazu im einzelnen unten S. 62 ff.
2) Dazu im einzelnen unten S. 70 ff.

2. Die Haftung des Ausgeschiedenen aus unkündbaren auf festbestimmte Zeit abgeschlossenen Verträgen

Die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters aus langfristigen auf festbestimmte Zeit geschlossenen Verträgen wird in der Regel nicht ebenso ausdrücklich erörtert. Doch scheint man hier ganz überwiegend der Ansicht zu sein, daß der Gesellschafter stets bis zum Vertragsablauf weiterhaftet. Dagegen vertreten HEYN[1] und ihm folgend GEßLER[2] und KORNBLUM[3] und mit abweichender Begründung auch HEINEMANN[4] die Ansicht, der Ausgeschiedene müsse ohne Rücksicht auf die noch ausstehende Vertragsdauer jedenfalls nach Ablauf der Fünfjahresfrist des § 159 Abs. 1 HGB von seiner Haftung frei werden.

HEYN und KORNBLUM verweisen auf den Fall eines auf 30 Jahre abgeschlossenen Pachtvertrages, der von der OHG ein Jahr vor dem Ausscheiden des Gesellschafters abgeschlossen worden ist. Bei einem derart langfristigen Vertrag sei eine fortbestehende Haftung des Ausgeschiedenen mit unabsehbaren Folgen verbunden, mithin das Bedürfnis nach seiner Haftentlassung besonders groß. Da der Bestimmung § 159 HGB insoweit Schutzfunktion zukomme, sei der Inhalt des Absatz 3 dem Grundsatz des Absatz 1 unterzuordnen, wonach dem Ausgeschiedenen spätestens fünf Jahre nach seinem Ausscheiden die Erhebung der Verjährungseinrede ermöglicht werde. Rechtsdogmatisch könne dieses Ergebnis im Anschluß an RG 136, 427[5] mittels Trennung des sog. Gesamtanspruchs (Stamm-

---

1) NJW 1959, 923.
2) Schlegelberger-Geßler § 159 Anm. 10.
3) S. 178 ff; für Heyn und Kornblum, die im übrigen für den Enthaftungsgrundsatz der wohl h.L. eintreten, soll das Folgende auch für jene kündbaren Schuldverhältnisse gelten, die "nicht in den Kreis alltäglicher Verträge" gehören, und auf die deshalb der Enthaftungsgrundsatz nicht anwendbar sein soll; vgl. oben S. 14 f.
4) S. 88 ff.
5) In dieser Entscheidung wird dargelegt, daß bei langfristigen Schuldverhältnissen, aus denen Ansprüche auf "wiederkehrende, wirtschaftlich einheitliche Leistungen" erwachsen, nicht nur jeder Teilanspruch für sich verjähre, sondern zugleich auch der "Gesamtanspruch", das "Stammrecht"; sei der Gesamtanspruch auf diese Weise verjährt, könne der Schuldner auch allen später fällig werdenden Teilansprüchen die Einrede der Verjährung entgegenhalten.

recht) von den aus ihm fließenden Einzelforderungen erzielt werden. Bei der Berechnung der Verjährungsfrist des § 159 Abs. 1 HGB sei dann nicht an diese Einzelleistungen sondern an das Stammrecht anzuknüpfen. Dem ausgeschiedenen Gesellschafter sei damit nach Ablauf von fünf Jahren die Verjährungseinrede gegeben. Habe jedoch der Gesellschaftsgläubiger innerhalb der Fünfjahresfrist von dem Ausgeschiedenen eine oder mehrere inzwischen fällig gewordene Einzelleistungen verlangt, so liege hierin eine Unterbrechung der Verjährung des Gesamtanspruchs. Die Folge sei, daß für diesen Gesamtanspruch die Fünfjahresfrist des § 159 HGB erneut zu laufen beginne (§§ 208, 217 BGB), der Gläubiger also in der Folgezeit fällig werdende Teilverbindlichkeiten weitere fünf Jahre von dem Ausgeschiedenen beanspruchen könne.
Unterschiedliche Konsequenzen ziehen HEYN und KORNBLUM allerdings für die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger eine Verjährungsunterbrechung herbeiführen kann. HEYN meint, es verstoße gegen Treu und Glauben, wenn die Inanspruchnahme des ausgeschiedenen Gesellschafters einer Gesellschaft, deren Liquidität auch in naher Zukunft nicht zweifelhaft erscheint, allein mit dem Ziel der Verjährungsunterbrechung erfolge. Dagegen soll es nach KORNBLUM dem Gläubiger jederzeit freigestellt sein, notfalls die Verjährung durch Klageerhebung gegen den ausgeschiedenen Gesellschafter nach § 209 BGB zu unterbrechen.
Zu demselben Ergebnis kommt auch HEINEMANN, der jedoch die Enthaftung des Ausgeschiedenen aus befristeten Verträgen in gleicher Weise wie bei den unbefristeten Verträgen begründet. Er verwirft die dogmatischen Ausführungen von HEYN und KORNBLUM mit dem Hinweis, im Gegensatz zu dem Fall des RG, in dem über eine auf einer bestimmten Grundstücksfläche ruhende Steuerlast zu entscheiden gewesen sei, könne etwa bei Miet- und Pachtverträgen ersichtlich nicht von einem einheitlichen Anspruch die Rede sein; vielmehr handele es sich um das Versprechen einer Summe von Einzelleistungen, wobei aber ein verjährungsfähiger Gesamtanspruch nicht gegeben sei[1].

---

1) S. 91 ff.

Es ist zuzugeben, daß der ausgeschiedene Gesellschafter etwa in dem von HEYN und KORNBLUM genannten Beispiel des auf 30 Jahre abgeschlossenen Pachtvertrages in hohem Maße schutzwert erscheint. Dennoch ist es, von dogmatischen Zweifeln abgesehen, wenig überzeugend, wenn die Haftung des Ausgeschiedenen in allen Fällen auf höchstens fünf Jahre begrenzt sein soll. Bei den auf unbefristete Zeit geschlossenen Verträgen erschien die Annahme einer begrenzten Haftung vor allem deshalb einleuchtend, weil der Ausgeschiedene vor Belastungen geschützt werden muß, die in Umfang und Dauer völlig ungewiß und allein von dem Willen der übrigen Beteiligten abhängig sind. Dagegen geht es bei den Schuldverhältnissen auf festbestimmte Dauer um die wesentlich verschiedene Frage, ob der Ausgeschiedene im Nachinein von einer unter seiner Beteiligung fest versprochenen Vertragsdauer abrücken darf. Wie wenig hier die Annahme einer vorzeitigen Enthaftung die Belange des Gesellschaftsgläubigers zu berücksichtigen vermag, veranschaulicht besonders deutlich der vom BGH[1)] entschiedene Fall der Veräußerung eines Geschäfts an die OHG, bei der der Kaufpreis in monatlich zu zahlenden Renten zu erbringen war. Zu Recht hat, wie auch KORNBLUM einräumt[2)], der BGH für diesen Fall die von HEYN entwickelte Ansicht zurückgewiesen und hervorgehoben, daß unter solchen Umständen eine derartige Ausdehnung des in § 159 HGB enthaltenen Schutzgedankens mit der Funktion der Gesellschafterhaftung bei der offenen Handelsgesellschaft als zusätzliche Sicherung des Gläubigers unvereinbar sei. Demgegenüber mag zwar der Fall des auf 30 Jahre abgeschlossenen Pachtvertrages als weniger kraß erscheinen. Indes bestehen dieselben Bedenken, wenn z.B. der Gläubiger eine besonders wertvolle Pachtsache überlassen und der Gesellschaft im Hinblick auf die lange Vertragsdauer besondere Konditionen eingeräumt hat. Denn auch solche Umstände sprechen dafür, die Interessen des Ausgeschiedenen hintanzustellen und vielmehr den Gläubiger vor nachteiligen Folgen einer Veränderung im Gesellschafterbestand zu schützen.

---

1) BGHZ 50, 232.
2) S. 179 Fn. 26a.

II. Überblick über die Rechtsprechung

Obgleich die Rechtsprechung häufig mit der Frage der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters aus einem längerfristigen Schuldverhältnis konfrontiert gewesen ist, hat sie nirgends ähnlich grundsätzlich wie das neuere Schrifttum hierzu Stellung bezogen. So hat es insbesondere die ältere Rechtsprechung weitgehend vermieden, in ihren Aussagen über den Einzelfall bzw. den jeweils zugrundeliegenden Vertragstyp hinauszugehen. Demgegenüber hat zwar der BGH im Anschluß an die Entwicklung in der Lehre die allgemeinere Betrachtungsweise aufgegriffen; doch ist bisher die Frage ausdrücklich offengelassen worden[1]. Das zwingt indessen nicht, die Rechtsprechung als bloße Kasuistik aufzufassen. Tatsächlich lassen die vorhandenen Entscheidungen, die ja jeweils von dem gleichen Interessenkonflikt zwischen dem Sicherungsinteresse des Gesellschaftsgläubigers einerseits und dem Entlastungsinteresse des ausgeschiedenen Gesellschafters andererseits geprägt waren, Tendenzen erkennen, die offenkundig über den Einzelfall hinausreichen. Ihnen sei zunächst mit einem Überblick über die wesentlichen Entscheidungen nachgegangen, um zum einen die Einordnung auch der älteren Rechtsprechung im Sinne der heutigen allgemeineren Fragestellung zu ermöglichen und zum anderen den Hintergrund aufzuzeigen, auf dem die kontroversen Grundsätze im Schrifttum entwickelt worden sind.

Die ältere Rechtsprechung zeigt anfänglich eine deutliche Neigung, dem Entlastungsinteresse des Ausgeschiedenen den Vorrang zu geben und ihn baldmöglichst von der Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten freizustellen.
Das Reichsoberhandelsgericht[2] hatte in seiner Entscheidung vom 6. November 1875 erstmals über die Haftung eines ehemaligen Gesellschafters bzw. dessen Erben für die Veruntreuung eines Wertpapierdepots zu entscheiden, dessen Einlagerung bereits zur Zeit

---

1) BGHZ 36, 224 = NJW 1962, 536; BGHZ 50, 232; BGH NJW 1974, 100 = DB 1973, 2440.
2) ROHG 19, 17.

seiner Mitgliedschaft erfolgt war. Das Gericht führt aus, zwar habe die Haftung zunächst fortbestanden, weil die Erben zu ihrer Befreiung nichts unternommen hätten. Sodann seien sie jedoch von der Haftung freigeworden, weil man die deponierten Wertpapiere der neubegründeten Gesellschaft zur weiteren Aufbewahrung belassen und dieses Verhältnis bis zum Ausbruch des Konkurses "ohne irgend einen Widerspruch fortgesetzt" habe. Da dem Gläubiger bekannt gewesen sei, daß die "neue Gesellschaft das Depot als ihr zur Verwahrung anvertraut in ihren Büchern fortführte", sei sein Einverständnis anzunehmen, daß die Teilhaber der neuen Gesellschaft fortan allein als Verwahrer der Wertpapiere verantwortlich sein sollten. Wenn er auch die Erben nicht ausdrücklich aus ihrer Verpflichtung entlassen habe, so sei davon "offenbar nur deshalb abgesehen worden, weil dies als ganz selbstverständlich betrachtet wurde"[1]. Von besonderem Interesse ist die Schlußbemerkung des Urteils. Dort äußert nämlich das Gericht in diesem Fragenkomplex einzig dastehende grundsätzliche Zweifel an der Anwendbarkeit des dem § 159 HGB inhaltlich bereits im wesentlichen entsprechenden Art. 146 ADHGB auf langfristige Schuldverhältnisse, indem es feststellt: "Außerdem sind von den durch eine einmalige Leistung consumirten obligatorischen Verpflichtungen diejenigen zu unterscheiden, welche, wie das Depositum ein durch längere Zeit fortgesetztes Leisten zum Gegenstand haben, und es ist aus Art. 146 nicht zu folgern, daß die ausgeschiedenen Gesellschafter auch für Handlungen und Unterlassungen, welche in die Zeit n a c h dem Ausscheiden fallen, unbedingt verantwortlich wären".

Auch das RG zeigt sich zunächst mehrfach um eine baldige Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters bemüht. Dabei betreffen die Entscheidungen allerdings ausschließlich Lieferverträge, die auch nur zu einem Teil längerfristig abgeschlossen waren; im übrigen handelte es sich lediglich um die Abwicklung eines bei Ausscheiden schwebenden Vertrages, wobei jedoch die jeweiligen Ausführungen des Gerichts im Hinblick auf langfristige Schuldverhältnisse erst recht bedeutungsvoll erscheinen.

---

1) AaO S. 23.

In der Entscheidung des I. ZS vom 13. Juli 1887[1] wird eine grundsätzliche Lösung für die Fälle versucht, in denen das Geschäft nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters von dem anderen mit Werten und Schulden übernommen und ein bestehendes Vertragsverhältnis von dem Übernehmer weiter erfüllt wird. Das RG leitete hier die Enthaftung des Ausgeschiedenen allein aus der Tatsache der Weiterlieferung an den Übernehmer ab. Zur Begründung wird lediglich angeführt, die Rechte und Pflichten aus dem Kaufvertrag seien, soweit dieser nicht bereits durch die Lieferung an den ursprünglichen Käufer erfüllt gewesen sei, in ihrem durch die synallagmatische Natur des zweiseitigen Vertrages begründeten Zusammenhang auf die neue Firma übergangen. Der Lieferant müsse, wenn er weiter an die neue Firma liefere, "sich auch an diese und nur an diese wegen Erfüllung der Gegenleistung halten" und könne "nicht von der ursprünglichen Käuferin den Preis der Waren, die er n i c h t i h r geliefert" habe, fordern.

Dieser Auffassung folgt der III. ZS in seiner Entscheidung vom 6. Mai 1892[2]. Dort waren die Waren vor Ausscheiden des Gesellschafters bestellt, jedoch erst geliefert worden, nachdem das Ausscheiden und die Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven durch den verbliebenen Gesellschafter in das Handelsregister eingetragen und ordnungsgemäß bekannt gemacht war. Das Gericht bemerkt hier ähnlich, die Lieferung erfolgte an den verbliebenen Gesellschafter allein, "auch wenn sie unter der Adresse der früheren Firma geschah, welche derselbe unverändert fortführte ..."; infolgedessen habe der Gläubiger dem Ausgeschiedenen gegenüber den Vertrag nicht erfüllt und könne deshalb auch von ihm nicht den Kaufpreis verlangen.
In seiner Entscheidung vom 12. April 1893[3] verweist der I. ZS einerseits darauf, es handele sich um einen völlig gleich liegenden Fall, wie er dem III. ZS in seinem Urteil vom 6. Mai 1892 vorgelegen habe, verleugnet aber andererseits sein eigenes Er-

---

1) RGZ 19, 129.
2) Bolze Bd. 13 Nr. 500.
3) RGZ 31, 45.

kenntnis, indem er feststellt, daß die solidarische Haftung des Ausgeschiedenen durch die Lieferung an den Übernehmer nicht entfalle; jedenfalls würde der Ausgeschiedene "sich d a r a u f a l l e i n, daß die Lieferung nicht an die Gesellschaft oder ihn selbst erfolgte, nicht berufen können"[1]. Das RG kommt dennoch zu einer Haftungsbefreiung des Ausgeschiedenen, weil die Lieferanten die Ware gegen das alleinige Akzept des Übernehmers geliefert hatten. Darin, so meint das Gericht, sei ein Verzicht der Gesellschaftsgläubiger zum Ausdruck gekommen. Die Lieferanten hätten dem Übernehmer "auf dessen Kredit geliefert und damit zu erkennen gegeben, daß sie den Anspruch aus der Bestellung gegen den Beklagten als früheren Gesellschafter aufgegeben haben"[2]. Das Urteil schließt mit der bemerkenswerten Feststellung: "Ohne strenges Festhalten an diesen Grundsätzen, würde der frühere Gesellschafter in Fällen der vorliegenden Art noch nach Jahren aus Geschäften in Anspruch genommen werden können, deren ordnungsmäßige und rechtzeitige Abwicklung durch den Geschäftsübernehmer er erwarten kann ...".

In seinem Urteil vom 8. Januar 1900[3] spricht sich der I. ZS erneut für die Enthaftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters aus. Aber auch diese Entscheidung trägt kaum mehr grundsätzlichen Charakter. Das Gericht beruft sich dort allein auf den besonderen Umstand, daß der Gläubiger bei der Auseinandersetzung des ausscheidenden Gesellschafters mit dem verbleibenden Übernehmer des Geschäfts aktiv mitgewirkt habe.

In der Entscheidung vom 19. Dezember 1900[4] zieht der I. ZS die Konsequenz aus seiner Entscheidung vom 12. April 1892[5]. Dort sei die Annahme des Verzichts aus der besonderen Lage des Falles gerechtfertigt gewesen, insbesondere daraus, daß der frühere Gesellschafter vollständig ausgeschieden gewesen sei und auf die weitere Gestaltung des Vertragsverhältnisses keinen Einfluß mehr gehabt habe. In dem jetzt zur Entscheidung stehenden Fall wird

---

1) AaO S. 47.
2) AaO S. 48.
3) RG JW 1900, 157 Nr. 21.
4) Sächs. Arch. XII S. 719.
5) RGZ 31, 45.

ein Verzicht abgelehnt, weil die ausgeschiedenen Gesellschafter auch die Geschäftsführer der neuen Gesellschaft, an welche die Lieferung erfolgte, waren und deshalb die Abwicklung des Geschäfts nach ihrem Willen gestalten konnten und weil an die frühere OHG mit ausgedehntem Kredit geliefert worden war.

Alsdann bahnt sich eine Wendung an. Der VI. ZS spricht sich in seiner Entscheidung vom 13. April 1912[1] noch für die Enthaftung des Ausgeschiedenen aus und wendet auf den Fall der Auflösung einer Zweimanngesellschaft und Übernahme des Geschäfts mit Werten und Schulden durch einen Gesellschafter als Alleinschuldner die Bestimmung § 415 BGB an. Der Vertrag soll sich als ein Schuldübernahmevertrag darstellen und das Schweigen des Gläubigers auf die Mitteilung von dem Vertragsschluß die Bedeutung einer Genehmigung und damit befreiende Wirkung für den ausgeschiedenen Gesellschafter haben.
Dem tritt der II. ZS in seiner Entscheidung vom 13. Dezember 1912[2] entgegen. Er bezweifelt bereits grundsätzlich die Anwendbarkeit des § 415 BGB und stellt sodann fest, das bloße Schweigen des Gläubigers auf die Mitteilung vom Ausscheiden des Gesellschafters und der Übernahme des Geschäfts könne jedenfalls nicht als eine entsprechende Genehmigung aufzufassen sein[3]. Schon bei dem Eintritt einer dem Schuldverhältnis bisher fremden Person, wo der Gläubiger eine neue Forderung erwerbe, dürfe eine stillschweigende Zustimmung nicht leichthin unterstellt werden. Um so mehr sei Vorsicht geboten, wenn ein unentgeltlicher Verzicht auf ein Recht für erklärt erachtet werden soll. Jedenfalls müsse für die praktische Behandlung festgehalten werden, daß eine Entlassung des anderen Gesellschafters aus der Haftung nur unter wirklich schlüssigen Umständen angenommen werden dürfe. Das Gericht verneint dann ein entsprechendes schlüssiges Verhalten des Gläubigers, obwohl dieser nach dem Ausscheiden des anderen Gesellschaf-

---

1) LeipzZ. 1912, 654 Nr. 4.
2) RG JW 1913, 324 Nr. 9.
3) Auch in RGZ 31, 45 und RGZ 65, 62 war bereits angemerkt worden, ein Schweigen auf die Mitteilung vom Ausscheiden des Gesellschafters stelle für sich genommen noch keinen Verzicht dar.

ters zweimal Prolongationswechsel entgegengenommen hatte. Um einen Widerspruch zu der Entscheidung vom 6. Mai 1892[1] und insbesondere zu der Entscheidung vom 12. April 1893[2], wo gerade die spätere Kreditierungshandlung des Gläubigers als ein Haftungsverzicht gewertet worden war, zu vermeiden, verweist das Gericht auf die Tatsache, im Gegensatz zu den dort behandelten Fällen sei hier schon vollständig vor dem Ausscheiden des Gesellschafters an die OHG geliefert worden.

Noch deutlicher wird die Abkehr in der Entscheidung des I. ZS vom 4. März 1912[3]. Dort wird die Revision eines zur Zahlung verurteilten ehemaligen Gesellschafters zurückgewiesen und die Begründung wie folgt eingeleitet: Zu prüfen sei, "ob die Haftung des Gesellschafters für die vor seinem Ausscheiden begründeten Verpflichtungen sich auch auf langfristige Lieferungsverträge erstreckt. Im allgemeinen liegt indessen kein Grund vor, das zu bezweifeln. Mag es auch bei Verträgen dieser Art oft so liegen, daß der Verkäufer, wenn er in Kenntnis vom Ausscheiden eines Gesellschafters liefert, damit auf dessen Haftung für den Kaufpreis verzichtet, so kann das doch immer nur angenommen werden, wenn besondere Umstände dafür sprechen, während im vorliegenden Fall die Klägerin ganz unmißverständlich das Gegenteil erklärt hat".

In seinem Urteil vom 24. November 1914[4] hatte das RG über die Frage zu entscheiden, ob der ausgeschiedene Gesellschafter weiterhin hafte, wenn das Schuldverhältnis nach dem Ausscheiden über einen möglichen Kündigungstermin hinaus fortgesetzt wird. Dabei handelte es sich um einen auf fünf Jahre abgeschlossenen Mietvertrag, der die Klausel enthielt, daß er als um jeweils drei Jahre verlängert gelten sollte, wenn er von keiner Seite bis zu einem bestimmten Termin gekündigt worden sei. Das Gericht stellt zunächst fest, der Ausgeschiedene habe jedenfalls für den

---

1) Bolze Bd. 13 Nr. 500.
2) RGZ 31, 45.
3) LeipzZ. 1912, 548 Nr. 1.
4) RGZ 86, 60.

zunächst vereinbarten Zeitraum von fünf Jahren gehaftet. Hingegen verneint es eine Haftung für die Vertragsverlängerung und begründet dieses Ergebnis konstruktiv damit, die Auslegung der Vertragsklausel ergebe, daß nach Ablauf des zunächst bestimmten Zeitraums ein neues Mietverhältnis abgeschlossen worden sei[1].

Im Anschluß an diese Entscheidung stellt auch das OLG Frankfurt[2] fest, daß der ausgeschiedene Gesellschafter aus einem vor seinem Ausscheiden geschlossenen langfristigen Mietverhältnis über sein Ausscheiden hinaus bis zum Ablauf des Vertrages hafte[3]. Darüber hinaus wendet es sich nachdrücklich gegen die frühere Rechtsprechung des RG. Entgegen der vom RG in LeipzZ. 1912, 624 Nr. 4 vertretenen Ansicht sei auf eine unter den Gesellschaftern getroffene Vereinbarung über das Ausscheiden eines Gesellschafters § 415 BGB nicht anwendbar, mithin für eine stillschweigende Genehmigung i.S. des § 415 BGB kein Raum. Nur wenn der Gläubiger den aus der Gesellschaft Ausscheidenden aus dem Schuldverhältnis entlasse (§§ 397, 423 BGB), was allerdings auch stillschweigend, also auch dadurch geschehen könne, daß er den Übernehmer in zweifelsfreier Weise als seinen Alleinschuldner anerkenne, scheide dieser aus der Haftung aus. Ein derart schlüssiges Verhalten sei indessen noch keineswegs darin zu erblicken, daß der Gläubiger dem Austritt eines Gesellschafters nicht widerspreche oder sogar zustimme.

Die uneingeschränkte Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für die festvereinbarte Vertragsdauer wird erneut bestätigt in dem Urteil des RG vom 14. Februar 1933[4], dem ein erstmals nach 10 Jahren kündbarer Mietvertrag zugrundelag. Zur Erläuterung heißt es, der Ausgeschiedene hafte für die Verbindlichkeiten, die zur Zeit seines Ausscheidens bereits vorhanden waren. Dies

---

1) Dazu noch ausführlich unten S. 46 ff.
2) HRR 31, 1686.
3) Ebenso ObGH Wien, JW 1929, 3520, wo für einen auf 20 Jahre geschlossenen Mietvertrag die uneingeschränkte Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters bejaht wird.
4) RGZ 140, 10.

sei "die Pflicht zur Mietzinszahlung, die im vollen Umfang der Vertragszeit bereits begründet war unerachtet dessen, daß es sich um ein langfristiges Mietverhältnis handelte, bei welchem Zeitablauf und Gebrauchsgewährung durch den Vermieter hinzutreten müssen, um die einzelnen Zinsbeträge fällig werden zu lassen".

Zwei weitere Entscheidungen betreffen wiederum den Fall der Einlagerung von Wertpapieren, deren Rückgabe der Gesellschaft nach dem Ausscheiden des Gesellschafters schuldhaft unmöglich geworden war. In seiner Entscheidung vom 9. Oktober 1929 äußert das RG[1] Zweifel an dem eingangs erwähnten Urteil des Reichsoberhandelsgerichts[2]. Das Gericht führt zunächst aus, die Feststellung, ob bestimmte Verbindlichkeiten schon während der Zugehörigkeit des Gesellschafters begründet worden sind, könne unter Umständen schwierig sein. Bei der Verpflichtung zur Rückgabe von Wertpapieren sei aber jedenfalls in dem ihm vorliegenden Fall der uneigentlichen Verwahrung nicht zweifelhaft, daß diese schon auf dem Vertragsverschluß beruhe. Infolgedessen habe auch ein später ausscheidender Gesellschafter hierfür einzustehen. Gegen die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts gewandt, verneint das RG sodann einen schlüssigen Haftungsverzicht. Jedenfalls sei die Auffassung, der Hinterleger von Wertpapieren, der in Kenntnis des Ausscheidens eines Gesellschafters den übrigen das Depot belasse, könne sich für deren Veruntreuung nicht mehr an den Ausgeschiedenen halten, in dieser Allgemeinheit unzutreffend. Vielmehr sei je nach Lage des Einzelfalls zu entscheiden, ob der Hinterleger mit einem solchen Verhalten tatsächlich zum Ausdruck gebracht habe, daß die übrigen Gesellschafter fortan allein als Verwahrer haften sollten. Diesen Feststellungen des RG hat sich der BGH in seiner Entscheidung vom 21. Dezember 1961[3] angeschlossen. Wie noch zu zeigen sein wird, hat dieser allerdings in Auseinandersetzung mit dem neueren Schrifttum noch deutlich andere Akzente gesetzt[4].

---

1) RGZ 125, 417.
2) ROHG 19, 17.
3) BGHZ 36, 224 = NJW 1962, 536.
4) Dazu im einzelnen unten S. 70 ff.

Ein einheitliches Bild vermittelt die Rechtsprechung zur Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für eine bei seinem Ausscheiden bestehende Kontokorrentschuld. Schon das RG hatte in seiner Entscheidung vom 30. Mai 1911[1] unter Hinweis auf die Fassung des § 356 HGB[2] den Grundsatz angedeutet, der Ausgeschiedene bleibe an die während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft getroffene Kontokorrentabrede gebunden und hafte für die Kontokorrentschuld bis zu der bei seinem Ausscheiden begründeten Höhe, jedoch nicht über den nach seinem Ausscheiden gezogenen niedrigsten Saldo hinaus. Dieser Grundsatz ist verschiedentlich bestätigt und konkretisiert worden[3]. Dabei hat der BGH jüngst in seiner Entscheidung vom 2. November 1973[4] besonders darauf hingewiesen, daß eine Fortführung des Kontokorrentverhältnisses über einen möglichen Kündigungstermin hinaus jedenfalls einen ausgeschiedenen Gesellschafter, dem ersichtlich auch an der ungefährdeten Fortführung des Unternehmens gelegen sei, nicht befreien können.

In seinem Urteil vom 6. Juni 1968[5] hatte sich der BGH endlich mit jenem schon erwähnten Fall zu befassen, in dem ein Kaufpreisanspruch gegen die Gesellschaft verrentet worden war. Das Gericht weist dort die verschiedentlich geäußerte Ansicht, die Haftung des Ausgeschiedenen entfalle jedenfalls in entsprechender Anwendung des § 159 Abs. 1 HGB nach Verjährung des sog. Gesamtanspruchs[6], als mit dem Sicherungszweck der persönlichen Gesellschafterhaftung unvereinbar zurück. Gerade bei einem Schuldverhältnis, bei dem der Gläubiger seine eigene Vertragsleistung vorweg erbracht habe und sich die Gegenleistung der Gesellschaft vereinbarungsgemäß auf lange Jahre erstrecken solle, gewinne die persönliche Haftung des Gesellschafters Bedeutung. Der Gläubiger vertraue auf den unveränderten Bestand der Haftungsgrundlage, die er bei Geschäftsabschluß vorgefunden habe. Dieses Vertrauen sei

---

1) RGZ 76, 330.
2) Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des HGB vgl. RG aaO.
3) Vgl. z.B. RG WarnRspr. 1935 Nr. 153; OLG Bamberg LeipzZ. 1920, 666; BGHZ 26, 142 = NJW 1958, 217; BGHZ 50, 277 = NJW 1968, 2100.
4) BGH NJW 1974, 100 = DB 1973, 2440.
5) BGHZ 50, 232.
6) Vgl. oben S. 32 ff.

um so schutzwürdiger, je weiter die Fälligkeit der von der Gesellschaft zu erbringenden Leistungen hinausverlegt worden sei und je weniger sich infolgedessen übersehen lasse, wie sich die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft im Laufe der Zeit entwickeln werden. Dem stehe auch die Bestimmung § 159 HGB nicht entgegen; denn deren Schutz bestehe allein darin, nach fünf Jahren die Gewißheit zu haben, für die inzwischen fällig gewordenen Teilverbindlichkeiten nicht mehr einstehen zu müssen, die der Gläubiger bei verständiger Wahrung seines Eigeninteresses längst unmittelbar dem Ausgeschiedenen gegenüber hätte geltend machen können.

Stellt man abschließend die Entwicklung in der Rechtsprechung den grundsätzlichen Lösungsversuchen im neueren Schrifttum gegenüber, so lassen sich die vergleichbaren Tendenzen wie folgt umreißen: Von den vom Reichsoberhandelsgericht im Hinblick auf den Anwendungsbereich des Art. 146 ADHGB geäußerten Zweifeln sowie einzelnen vollständig abweichenden Lösungsversuchen abgesehen geht man übereinstimmend davon aus, daß aus den Bestimmungen §§ 128, 159 HGB grundsätzlich eine fortbestehende Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters auch aus langfristigen Schuldverhältnissen zu folgern sei. Angesichts der als unbillig empfundenen Konsequenzen neigt jedoch die Rechtsprechung anfänglich zu einer ähnlichen Lösung wie die heute wohl h.L., nämlich zu einem Haftungsverzicht seitens des Gläubigers, wobei allerdings in strengerer Weise an den allgemeinen Grundsätzen über das sog. schlüssige Verhalten festgehalten wird. In Erkenntnis des dennoch fiktiven Charakters einer solchen Haftungsentlassung bekennt man sich alsdann zunehmend zu einer Forthaftung des Ausgeschiedenen. Dabei wird wiederholt klargestellt, daß eine festvereinbarte Vertragsdauer eine ebenso lange Haftung des Ausgeschiedenen nach sich zieht. Zweifel bestehen hingegen dem eigentlichen Streitpunkt im Schrifttum entsprechend, ob die Fortsetzung eines Schuldverhältnisses über einen möglichen Kündigungstermin hinaus auch die Haftung des Ausgeschiedenen andauern läßt. Das RG ist der hier drohenden uferlosen Ausdehnung der

Haftung entgegengetreten. Demgegenüber hat der BGH für den Fall des fortgeführten Kontokorrentverhältnisses zwar die Enthaftung des Ausgeschiedenen verworfen, sich aber in seiner Begründung lediglich auf die tatsächliche Besonderheit des Falles berufen, auch der Ausgeschiedene sei ersichtlich an der Fortführung des Schuldverhältnisses interessiert gewesen. In einem eigenartigen Kontrast steht hierzu allerdings die spätere Rechtsprechung zur schuldhaften Verletzung eines Depotvertrages. Hier bleibt das einer Kündigungsbefugnis entsprechende Rückforderungsrecht bzw. das Rücknahmeverlangen unerwähnt. Statt dessen wird offenbar die Tatsache als entscheidend angesehen, daß bei diesem Schuldverhältnis lediglich der Gläubiger ihm gehöriges Rechtsgut an die Gesellschaft übergeben hat.

III. Die wesentlichen Fallgruppen in Rechtsprechung und Schrifttum

Von einer kritischen Stellungnahme zu der älteren Rechtsprechung, in der eine Haftungsbefreiung des Ausgeschiedenen überwiegend mit einem Verzicht des Gesellschaftsgläubigers begründet worden war, kann hier abgesehen werden. Jene Entscheidungen werden heute praktisch einhellig abgelehnt. Zu Recht hat auch schon Heinrich LEHMANN vor über 50 Jahren in einer ausführlichen und noch höchst bedeutsamen Untersuchung[1] zu den damals vorliegenden Entscheidungen bemerkt, man fingiere Verzichtstatbestände, um Billigkeitserwägungen zum Erfolg zu verhelfen, und sie als eine der "schönsten Blüten am Baume der kryptosoziologischen Jurisprudenz" bezeichnet.
Von den übrigen Entscheidungen hat ein erheblicher Teil in besonderen Fallgruppen Eingang in das Schrifttum gefunden. Sie

---

1) ZHR 79, 57; hierzu noch ausführlicher unten S. 81 ff.

sind deshalb im einzelnen unter Einschluß der dort jeweils vorhandenen Stellungnahmen zu besprechen.

a) Verlängerung bestehender Verträge

Im Anschluß an die Entscheidung des RG vom 24. November 1914[1] wird im Schrifttum allgemein die Ansicht vertreten, eine Haftung des ehemaligen Gesellschafters entfalle, wenn ein bereits vor seinem Ausscheiden begründetes Rechtsverhältnis nach seinem Ausscheiden verlängert wird, da es sich alsdann um Verbindlichkeiten der Gesellschaft handele, die erst nach seinem Ausscheiden entstanden seien[2].
Umstritten ist hingegen die Haftung, wenn einem Vertragsteil ein einseitiges Verlängerungsrecht eingeräumt ist. Nach WEIPERT[3] und ROSPATT[4] besteht in diesem Fall die Haftung des Ausgeschiedenen fort, da das Recht, das Vertragsverhältnis durch einseitige Erklärung zu verlängern, auf dem ursprünglichen Vertrag beruhe und es sich infolgedessen auch um Verpflichtungen aus dem ursprünglichen Vertrag handele. Demgegenüber meint HEINEMANN[5], die Haftung des Ausgeschiedenen entfalle, da ungeachtet des nur einseitigen Verlängerungsrechts stets ein Neuabschluß des Vertrages erfolge und deshalb die Verbindlichkeiten erst nach seinem Ausscheiden begründet würden. Nach R. FISCHER[6] soll dagegen offenbar entscheidend sein, welchem Vertragsteil das Recht zur Verlängerung eingeräumt ist. Er führt aus, der Ausgeschiedene hafte jedenfalls dann, wenn dieses Recht nach dem Vertrag allein der

---

1) RGZ 86, 60.
2) Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 128 Anm. 17; Fischer in Großkomm. z. HGB § 128 Anm. 52; Hadding ZGR 1973, 137, 152; Hueck, OHG, § 29 II 4; Koenige-Teichmann-Koehler § 128 Anm. 2; Litter § 128 Anm. 8; Rospatt BankArch. 1930, 305, 310; Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 31; Staub-Pinner § 128 Anm. 18; Weipert in RGR-Komm. z. HGB § 128 Anm. 29; Westermann PH Teil I Rdnr. 359; Heinemann S. 19 ff; für die Haftung der ehemaligen Mitglieder einer BGB-Gesellschaft ebenso Micknig S. 87 f.
3) AaO.
4) AaO S. 313.
5) S. 22 f.
6) AaO.

Gesellschaft zustehe und sie nach Ausscheiden eines Gesellschafters davon Gebrauch mache. Denn vom Standpunkt des Gläubigers und unter Berücksichtigung seines schutzwerten Interesses, seinen ursprünglichen Haftungsschuldner zu behalten, mache es insoweit keinen Unterschied, ob der Vertrag von vorneherein auf den nunmehr verlängerten Zeitraum oder, was nur dem Interesse der Gesellschaft dienlich war, auf den kürzeren Zeitraum mit dem Recht zur einseitigen Verlängerung durch die Gesellschaft geschlossen worden ist. In beiden Fällen liege für den Vertragspartner der Gesellschaft eine vertragliche Bindung vor, die er mit Rücksicht auf den ihm zur Verfügung stehenden persönlichen Haftungsschuldner eingegangen sei. Es dürfe ihm deshalb auch nicht ein Haftungsschuldner ohne sein Zutun genommen werden.

Sieht man von den Fällen des einseitigen Verlängerungsrechts zunächst einmal ab, erscheint die Frage nach der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters bei der Verlängerung bestehender Vertragsverhältnisse kaum problematisch. Da aus den §§ 128, 159 HGB zweifelsfrei hervorgeht, daß der ehemalige Gesellschafter nur für die vor seinem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten haftet, ist es nur folgerichtig, die Haftung bei Neuabschluß des Vertrages, mag er in ähnlicher oder gleicher Form auch schon zuvor bestanden haben, zu verneinen. Welche Problematik sich hier indes in Wahrheit verbirgt, zeigt eine nähere Betrachtung der erwähnten Entscheidung des RG, auf die im Schrifttum durchweg und mit z.T. nachdrücklicher Billigung Bezug genommen wird[1]. Tatsächlich enthält diese Entscheidung erhebliche Ungereimtheiten und dieser Vorhalt gilt nicht weniger für die Lehre. Denn mit

---

1) Zu Unrecht werden in diesem Zusammenhang vielfach auch die Entscheidungen RGZ 125, 417 und RGZ 140, 10 angeführt. RGZ 125, 417 behandelte eine nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters erfolgte Depotveruntreuung und streifte den Fall der Verlängerung bestehender Rechtsverhältnisse lediglich bei der abstrakten Feststellung, daß den ehemaligen Gesellschafter für die nach dem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten keine Haftung treffe. In RGZ 140, 10 ging es um Schadensersatz für den im Rahmen eines Vergleichs erfolgten vorzeitigen Abbruch eines langfristigen Mietverhältnisses, nicht etwa um dessen Verlängerung.

ihrer kritiklosen Übernahme dieses Urteils erweckt sie den Eindruck, als habe das RG hier beispielhaft - was für den dort behandelten Mietvertrag ausgeführt wird, müßte bei ähnlich gestalteten Pacht-, Arbeits-, Darlehens-, Bezugsverträgen usw. ebenso gelten - dargestellt, wie die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters bei einer Verlängerung bestehender Vertragsverhältnisse zu beurteilen sei[1].

Wie schon erwähnt, hatten im Fall des RG die Parteien einen Mietvertrag über Geschäftsräume für fünf Jahre abgeschlossen. Zugleich enthielt der Vertrag die Klausel, eine Kündigung habe spätestens sechs Monate vor Ablauf des Vertrages zu erfolgen; werde bis zu diesem Zeitpunkt von keiner Seite gekündigt, so gelte der Vertrag als auf drei Jahre verlängert und diese Verlängerung wiederhole sich so lange, bis von einer Seite eine rechtzeitige Kündigung erfolge. Das Gericht kommt im Gegensatz zu einer früheren Entscheidung[2], in der es für den Fall der Fortsetzung eines Pachtverhältnisses nach dem Ausscheiden die weitere Haftung bejaht hatte, zu dem Ergebnis, der (drei Jahre nach Vertragsschluß) Ausgeschiedene habe zwar für die zunächst vereinbarte Vertragsdauer von fünf Jahren gehaftet; danach sei er jedoch von der Haftung freigeworden, da die weiteren Verpflichtungen aus dem Mietverhältnis erst nach seinem Ausscheiden zur Entstehung gelangt seien. Zur Begründung heißt es, die genannte Vertragsbestimmung sei dahin aufzufassen, daß nach Ablauf des zunächst vereinbarten Mietverhältnisses unter bestimmten Voraussetzungen ein neues Mietverhältnis mit der Dauer von drei Jahren beginnen sollte. Daß in der Bestimmung von einer Kündigung die Rede sei, stehe dem nicht entgegen. Hierunter sei "nicht eine Kündigung im gewöhnlichen Rechtssinne, die ein Vertragsverhältnis beendigen soll", zu verstehen, da der ursprüng-

---

1) Zu dem in diesem Zusammenhang häufig ebenfalls erwähnten Fall der Wechselprolongation unten S. 80 ff.
2) RG Bolze Bd. 3 Nr. 783.

liche Mietvertrag auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen gewesen sei und somit "die Beendigung desselben mit dem Ablaufe der Vertragszeit von selbst ohne Kündigung eintrat". Unter einer Kündigung im Sinne der Vertragsklausel sei vielmehr "die Erklärung zu verstehen, daß ein neuer Mietvertrag nicht abgeschlossen werden solle". Die Eingehung des neuen Vertrages sollte sich danach "durch die übereinstimmenden Willenserklärungen der beiden Mietparteien vollziehen. Diese Erklärungen konnten nicht bloß ausdrücklich, sondern auch stillschweigend abgegeben werden, stillschweigend dadurch, daß die Mietparteien ... keine den neuen Vertragsschluß weigernden Erklärungen abgaben; in diesem Falle sollte der Mietvertrag als verlängert gelten, d.h. die Rechtslage so angesehen werden, als ob die Mietparteien sich mit der Eingehung des neuen Mietvertrages einverstanden erklärt hätten". Das Gericht stützt seine Folgerung, zur Zeit des Ausscheidens des Gesellschafters habe also eine Verbindlichkeit der Gesellschaft i.S. der §§ 128, 159 HGB für die Mietschulden nach der Vertragsverlängerung nicht vorgelegen, weiter auf die Überlegung, nach dem ursprünglichen Vertrag habe "für keine der Mietparteien ein rechtlicher Zwang, ein neues Mietverhältnis ... zu beginnen" bestanden; vielmehr sei es in das freie Belieben sowohl des Vermieters als der Mieterin gestellt gewesen, das Mietverhältnis an diesem Tage endgültig ablaufen zu lassen. Zur Zeit des Ausscheidens habe deshalb "nur die Möglichkeit, daß zukünftig bei entsprechendem Verhalten der Mietparteien ein neuer Mietvertrag abgeschlossen werde", bestanden, nicht aber eine rechtliche Verbindlichkeit der offenen Handelsgesellschaft. Das Urteil schließt mit der für die Entscheidung nicht erheblichen aber dennoch beachtenswerten Feststellung: "Anders wäre wohl die Rechtslage dann zu beurteilen, wenn nach den Bestimmungen des ursprünglichen Mietvertrages lediglich dem Vermieter die freie Wahl der Vertragsverlängerung belassen worden wäre und die offene Handelsgesellschaft sich auf Verlangen des Vermieters hierauf hätte einlassen müssen"[1].

---

1) Dieses obiter dictum war soweit ersichtlich der alleinige Anlaß für die oben angesprochene Auseinandersetzung im Schrifttum. Zu der mangelnden "Richtigkeitsgewähr" derartiger obiter dicta vgl. Schlüter, Das Obiter dictum, S. 28 ff.

Die Entscheidung des RG hat in eigentümlicher Weise Geschichte gemacht. Wie auch die Fassung der Leitsätze deutlich macht, hatte das Gericht im Grunde zu zwei Fragen Stellung genommen und zwar zu der Haftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters aus einem verlängerten Vertragsverhältnis einerseits sowie zu der Rechtsnatur von sog. Verlängerungsklauseln andererseits. Die Folge war, daß diesem Urteil nicht nur auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, sondern in noch größerem Umfang auch im Mietrecht grundlegende Bedeutung zuerkannt worden ist. Vergleicht man die Diskussion auf den verschiedenen Rechtsgebieten, so ist zweierlei festzustellen: Man scheint so gut wie nichts voneinander zu wissen. Ferner betrachtet man jeweils isoliert und damit in sinnentstellter Weise nur diejenige Aussage der Entscheidung, die allein den eigenen Fragenbereich zu betreffen scheint.

Das Urteil des RG ist deutlich von dem Bemühen gekennzeichnet, eine befriedigende Lösung zugunsten des anderenfalls von einer endlosen Haftung bedrohten ehemaligen Gesellschafters herbeizuführen. Doch scheint dieser Hintergrund in der mietrechtlichen Diskussion überhaupt nicht zur Kenntnis genommen worden zu sein. Ohne die behandelte Problematik auch nur andeutungsweise anzusprechen, hat man allgemein diese Entscheidung zum Anlaß genommen, die Rechtsnatur derartiger Verlängerungsklauseln zu erörtern und zunächst ganz überwiegend mit dem RG die Entstehung eines neuen Mietverhältnisses zu bejahen[1]. Es ist wohl auf die vielbeachtete Kritik von ROQUETTE[2] und die neu eingefügte Vorschrift § 565a BGB[3] zurückzuführen, daß man nunmehr, jedenfalls

---

1) RGZ 86, 60 wird z.B. bestätigt von: RGZ 97, 79; 107, 300; 114, 135; RG Recht 1924, 815; OLG Stuttgart OLGRspr. 42, 155; OLG Frankfurt JW 1920, 1042; BGH NJW 1969, 417; Hans, Mietrecht, § 564 Anm. 3; Kiefersauer-Glaser, Grundstücksmiete, § 564 Anm. 3; Krieg-Bandmann, Mietrecht, S. 183, 302; Ruth, Mietrecht, S. 316; BGB-RGRK § 564 Anm. 1; Erman-Schopp § 564 Anm. 5; Soergel-Erdsiek-Mühl (9. Aufl.) § 564 Anm. 10; Staudinger-Kiefersauer § 564 Anm. 5; Palandt-Putzo § 564 Anm. 2a; Nohm, Die kündbaren Rechtsverhältnisse im Schuldrecht, S. 22 f.

2) Mietrecht, § 535 Rdnr. 181 ff.

3) Eingefügt durch 1. MietrechtsänderungsG vom 29. Juli 1963 (BGBl I S. 505), geändert durch das 2. MietrechtsänderungsG vom 14. Juli 1964 (BGBl I S. 457).

soweit auch diese Gesetzesänderung mitberücksichtigt wird, deutlich der gegenteiligen Auffassung, d.h. Annahme e i n e s Mietverhältnisses, zuneigt[1]. Mindestens scheint man aber unsicher geworden zu sein. PUTZO[2] meint einerseits, die Verlängerung erfordere grundsätzlich einen neuen Vertrag; andererseits räumt er jedoch ein, etwas anderes gelte wegen der Vorschrift § 565a BGB bei Wohnraum, "wo das Mietverhältnis mit demselben Vertragsinhalt fortgesetzt, nicht etwa ein neues Mietverhältnis begründet" werde. Nicht frei von Zweifeln scheint auch SCHOPP[3], der erst neuerdings und ohne nähere Begründung anmerkt, aus § 565a BGB könne "nicht der Schluß gezogen werden, daß Mietverhältnisse mit Verlängerungsklausel ihre Rechtsnatur änderten".

Die Entscheidung des RG ist auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts nicht minder einseitig ausgewertet worden. Was dort offenbar allein zählt, ist die Tatsache, daß der Haftung des Ausgeschiedenen Grenzen gesetzt wurden, die allgemein als befriedigend empfunden werden. Daß dieses Ergebnis nur dadurch zustande kam, daß man der in dem Mietvertrag enthaltenen Verlängerungsklausel eine besondere Rechtsnatur zusprach, wird nirgends näher erläutert. Dem entspricht es, daß man die parallele Diskussion im Mietrecht überhaupt nicht zur Kenntnis genommen hat[4]. Das mochte entbehrlich sein, solange die Auffassung des RG nahezu einhellig anerkannt wurde. An der gegenwärtig zu beobachtenden Abkehr kann indessen nicht vorbeigegangen werden.

---

1) Esser, Schuldrecht BT, § 72 II; Larenz, Schuldrecht BT § 48 VI d; Soergel-Mezger (10. Aufl.) § 564 Anm. 5, der inkonsequenterweise allerdings immer noch an der Feststellung des RG festhält, bei den Verlängerungsklauseln handele es sich nicht um eine Kündigung im eigentlichen Sinne; zuvor schon: KG OLGRspr. 38, 92; Mittelstein DJZ 1916, 195; Liebenwalde KGBl 1919, 48.

2) Palandt-Putzo § 564 Anm. 2a.

3) Erman-Schopp § 565a Anm. 3.

4) Vgl. insbes. die ausführlicheren Darstellungen von R. Fischer in Großkomm. z. HGB § 128 Anm. 52; Heinemann S. 19 ff; Nicknig S. 87 f.

Der Auffassung des RG kann aus verschiedenen Gründen nicht gefolgt werden. Das Gericht hält sich ausschließlich an die besondere Vertragsklausel, von der bereits KORSCH in seiner zu Unrecht kaum beachteten Urteilsrezension[1] bemerkt, daß sie andernorts durchaus unüblich sei, und knüpft hieran kaum haltbare Konsequenzen. So geht das Urteil von der Feststellung aus, daß ein Mietvertrag der dort behandelten Art auf eine feste Dauer, nämlich auf die zunächst bestimmte Zeit, abgeschlossen ist. Dies dürfte aber in Wahrheit nicht der Fall sein. Mit Recht wendet schon KORSCH ein, eine feste Mietdauer könne nur dann als bestimmt verabredet gelten, wenn der Vertrag ohne alle weiteren Nebenbedingungen für eine fest umschriebene Zeit abgeschlossen ist und von selbst mit diesem Zeitpunkt abläuft. Maßgebend sei mithin das objektive Merkmal des Zeitablaufs und nicht das subjektive Ermessen einer Partei. In der Tat dürften derartige Verlängerungsklauseln ihrer rechtlichen Natur nach zu den Formen der Bestimmung der Mietzeit gehören, die die Mietdauer ungewiß lassen[2]. Denn der Endzeitpunkt der Miete steht bei Abschluß des Mietvertrages noch nicht fest und ist auch in diesem Zeitpunkt noch nicht bestimmbar. Zwar ist von vorneherein ein fester Zeitraum für das Mietverhältnis in Aussicht genommen; dieser gilt aber lediglich als Mindestzeitraum für die Mietdauer, wobei vorgesehen ist, daß sich das Mietverhältnis auch darüber hinaus auf weitere bestimmte oder unbestimmte Zeit verlängern könne. Ob eine solche Verlängerung eintritt, ist bei Abschluß des Vertrages ungewiß und in die spätere Entschließung der Vertragsteile gelegt. Entsprechend dieser Entschließung haben die Vertragsteile dann das Recht der Kündigung. Dies entspricht der Interessenlage der Beteiligten, die vielfach erst aus der Entwicklung der Verhältnisse den Grund für ihre Entscheidung darüber entnehmen wollen, ob sie das Mietverhältnis beendigen oder fortsetzen sollen[3]. Unterlassen sie es dann,

---

1) JW 1915, 747.
2) Ebenso: Larenz, Schuldrecht BT, § 48 VI d; Roquette, Mietrecht, § 535 Rdnr. 181; Soergel-Mezger § 564 Anm. 5.
3) Roquette aaO.

von dem gegenseitig gewährten Lösungsrecht Gebrauch zu machen, setzt sich das Mietverhältnis über die ursprüngliche Mietzeit hinaus fort, d.h. es tritt weder tatsächlich noch rechtlich eine Unterbrechung des Mietverhältnisses ein. Zu Unrecht hat daher das RG angenommen, daß die Beendigung des Vertrages "mit Ablauf der (ersten) Vertragszeit von selbst eintrat".
Diesem Widerspruch mit den Tatsachen hilft das Gericht auch nicht mit der Feststellung ab, in jener Vertragsbestimmung sei mit dem Begriff der Kündigung nicht eine Kündigung im Rechtssinne, die ein Vertragsverhältnis zur Aufhebung bringe, gemeint, sondern lediglich eine Erklärung, daß ein neuer Mietvertrag nicht abgeschlossen werden soll. Zunächst ist es mindestens begrifflich nicht frei von Widerspruch, wenn das Gericht sodann ausführt, der Mietvertrag sollte, wenn die Parteien "keine den neuen Vertragsschluß weigernden Erklärungen abgaben ..., als verlängert gelten". Im übrigen wird eine solche Auslegung, wie schon KORSCH[1] zutreffend ausgeführt hat, keineswegs der Wirkung dieser "Kündigung" gerecht. Nach dieser Vereinbarung mußte jedenfalls eine Erklärung des Inhalts abgegeben werden, daß von der Möglichkeit der Mietverlängerung oder Mieterneuerung kein Gebrauch gemacht, die Miete also nicht fortgesetzt werde. Eine automatische Beendigung des Vertrages war demnach begrifflich und tatsächlich ausgeschlossen. Vielmehr konnte erst diese Erklärung die Beendigung des Vertrages herbeiführen und war darum eine eigentliche und wirkliche Kündigung[2].
Zutreffend ist schließlich auch die Kritik von ROQUETTE[3], die Rechtsauffassung des RG tue den Lebensverhältnissen offensichtlich Zwang an. Nach dessen Ansicht müßte bei derartigen Verlängerungsklauseln stets eine Mehrzahl einzelner Rechtsgebilde anzunehmen sein. Das würde etwa bedeuten, daß jemand, der eine Wohnung auf ein Jahr mit der Vereinbarung einer Verlängerung jeweils auf ein weiteres Jahr mietet, nach 20jähriger Mietzeit schließlich nicht etwa einen einzigen Mietvertrag über die Woh-

---

1) AaO.
2) Ähnlich Roquette, Mietrecht, § 535 Anm. 184 und § 564 Anm. 34 Fn. 20.
3) AaO.

nung hätte, sondern 20 Mietverträge von je einjähriger Dauer. Ein derartiges Zergliedern einer einheitlichen Lebenserscheinung ist jedoch wirklichkeitsfremd. Keiner der Beteiligten denkt daran, daß etwa beim Mietverhältnis nach Ablauf der Mindestmietzeit ein neues Mietverhältnis begründet wird; jeder glaubt vielmehr, daß das einmal begründete Mietverhältnis weiter fortbesteht. Nach der natürlichen Auffassung liegt also - und das gilt ebenso für ähnlich gestaltete Darlehens-, Pacht- oder Arbeitsverträge etc. - ein einheitliches Rechtsgebilde vor und dieser Einheit der Lebenserscheinung ist auch in der rechtlichen Würdigung Rechnung zu tragen.

Der wesentlichste Mangel der Entscheidung liegt indessen woanders. Die gedankliche Hilfskonstruktion eines neuen Vertragsschlusses diente dem RG im Grunde zu nichts anderem, als der eigentlichen Fragen des Falles auszuweichen. Zu entscheiden war über die Haftung eines ehemaligen Gesellschafters aus einem längerfristigen Schuldverhältnis, wenn dessen mehr oder minder lange Dauer über das Ausscheiden hinaus in die Entschließung der Vertragsparteien gelegt ist. Anstatt nun die Frage aufzuwerfen, inwieweit Sinn und Zweck der Gesellschafterhaftung bei der OHG in solchen Fällen eine fortbestehende Haftung des Ausgeschiedenen rechtfertigen können, zieht sich das Gericht auf ein Kriterium zurück, mit dem allein dieser Besonderheit keinesfalls beizukommen ist, nämlich den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Dieser ist zwar generell, mag es sich um einen einmaligen Leistungsaustausch oder um ein langfristiges Schuldverhältnis handeln, zutreffender Anknüpfungspunkt, um die Haftung des Ausgeschiedenen für eine bestimmte Verbindlichkeit der OHG zu ermitteln. Würde dieser Zeitpunkt des Vertragsschlusses aber stets zugleich über die Dauer der Haftung entscheiden, selbst wenn die Vertragszeit ungewiß und in das Belieben der Vertragsparteien gestellt ist, so hätte das zur Folge, daß auch die Dauer seiner Haftung völlig ungewiß und allein an die zukünftige Entschließung der Vertragspartner gebunden ist. Das RG sah sich in seinem Fall mit eben dieser Möglichkeit der unbegrenzten Vertragsdauer konfrontiert, war aber gerade nicht bereit, hieraus

die Konsequenz einer ebenso unbegrenzten Haftung des Ausgeschiedenen zu ziehen. Mit der Annahme, es sei ein neuer Mietvertrag geschlossen worden, schaffte man scheinbar einen beachtlichen Kompromiß. Es war der Gefahr einer uferlosen Ausdehnung der Haftung des Ausgeschiedenen entgegengetreten, ohne daß vermeintlich gesicherter Boden zu verlassen, d.h. die haftungsbegründende Wirkung des Vertragsschlusses in Frage zu stellen war. Diese Lösung hat indessen nicht nur den Mangel, auf eine bedenkliche Vertragsauslegung gegründet zu sein; sie lädt darüber hinaus zu einer rein formalistischen Betrachtungsweise ein, die bei konsequenter Durchführung unhaltbare Ergebnisse zur Folge haben muß, und es überrascht deshalb wenig, wenn das Gericht selbst schon erste Zweifel an seinem Ausgangspunkt erkennen läßt.

Es ist das abschließende obiter dictum, die Rechtslage wäre wohl anders zu beurteilen gewesen, wenn lediglich dem Gläubiger die freie Wahl der Vertragsverlängerung belassen worden wäre, das den formalen Ansatz des Gerichts bereits wieder in Frage stellt und zwar aus zwei Gründen: Wie insbesondere die Bemerkung deutlich macht, "zur Zeit des klägerischen Ausscheidens ... bestand nur die Möglichkeit, daß zukünftig bei entsprechendem Verhalten der Mietparteien ein neuer Mietvertrag abgeschlossen werde, eine rechtliche Verbindlichkeit der offenen Handelsgesellschaft ... aber nicht", hat sich das Gericht im Ergebnis von der Überlegung leiten lassen, die Fortsetzung des Mietverhältnisses sei nachträglich von den Parteien beschlossen worden; mithin könne auch die Verbindlichkeit als erst nach dem Ausscheiden des Gesellschafters begründet angesehen werden. Wenn nun aber die Ungewißheit über die Vertragsfortführung den formalen Schluß begründen soll, es sei ein neues Mietverhältnis zustandegekommen, dann ist es keineswegs zwingend, im Falle eines einseitigen Verlängerungsrechts etwas anderes anzunehmen. Vielmehr ließe sich hier, wie es HEINEMANN[1] im Anschluß an diese Entscheidung durchaus konsequent fordert, die Enthaftung ähnlich formal begründen[2]; denn

---

1) S. 22.
2) Ähnlich Roquette, Mietrecht, § 535 Rdnr. 191 a.E., dessen Äußerung, die Sachlage sei in "beiden Fällen ja völlig gleich", allerdings zu weitgehend erscheint.

die nur einseitig bestehende Möglichkeit der Vertragsverlängerung ändert nichts daran, daß die tatsächliche Fortführung des Mietverhältnisses zunächst ungewiß ist und daß der Akt, der zu einer Weiterverpflichtung der OHG führt, erst nach dem Ausscheiden erfolgt, die Verbindlichkeit also insoweit bei Ausscheiden noch nicht begründet war.

Merkwürdiger ist aber noch die Tatsache, daß das Gericht ausdrücklich nur auf ein einseitiges Verlängerungsrecht des G l ä u b i g e r s Bezug nimmt. Wenn die Annahme eines neuen Vertragsschlusses einmal aus der Ungewißheit über die Verlängerung herzuleiten sein soll und das Gericht an anderer Stelle bemerkt, nach dem ursprünglichen Mietvertrag habe "für keine der Mietparteien ein rechtlicher Zwang, ein neues Mietverhältnis ... zu beginnen", bestanden, dann ist es unverständlich, wenn gerade nur für den Fall eines einseitigen Verlängerungsrechts des Gläubigers etwas anderes gelten soll. Konsequent wäre alsdann nur, mit WEIPERT[1] und ROSPATT[2] im Falle des einseitigen Verlängerungsrechts stets von der Fortführung des ursprünglichen Vertragsverhältnisses auszugehen, also ohne Rücksicht darauf, welcher Partei dieses Recht eingeräumt worden ist. Es dürfte aber keineswegs zufällig sein, daß das Gericht ausdrücklich nur zu einem Verlängerungsrecht des Gläubigers Stellung nimmt. Dahinter verbirgt sich in Wahrheit auch eine durchaus zutreffende Überlegung; nur hat sie den Mangel, daß sie mit dem im übrigen als entscheidungserheblich hervorgehobenen Kriterium, dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses, gar nicht zu erfassen ist. Man hat hier offenbar zum Ausdruck bringen wollen, daß die Haftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters auf jeden Fall solange andauern müsse, als die Gesellschaft, und sei es auch nur durch ein einseitiges Verlängerungsrecht des Gläubigers, an den Vertrag gebunden ist. Damit liegen aber tatsächlich zwei wesentlich verschiedene Aussagen vor. Denn es ist ein bedeutsamer Unterschied, ob man für die Frage der Enthaftung zu ermitteln sucht, ob ein Vertragsverhältnis als fortgeführt oder aber als abgelaufen und

---

1) RGR-Komm. z. HGB § 128 Anm. 29.
2) BankArch. 1930, 305, 313.

neu begründet anzusehen ist, oder ob man lediglich die je nach den gegebenen Kündigungsmöglichkeiten strengere oder gelockerte Bindung der OHG an den Vertrag maßgebend sein läßt. Das RG hat sich offenbar nicht zu entscheiden vermocht. Hätte es nämlich mit seinem Bekenntnis zu letzterem Ernst gemacht, hätte es wegen der in seinem Fall vorhandenen Kündigungsmöglichkeit der nahezu gewaltsamen Vertragsauslegung gar nicht bedurft.

Zu welch unhaltbaren Ergebnissen im übrigen die formalistische Betrachtungsweise des RG führen muß, wird deutlich bei Verträgen, die wesentlich anders gestaltet sind als im Falle des RG, und bei denen dennoch die Frage der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters im Ergebnis nicht anders zu beurteilen sein kann. So werden z.B. gerade Mietverhältnisse häufig mit sog. Kündigungsausschlußklauseln versehen, d.h. sie werden in der Weise abgeschlossen, daß eine bestimmte Zeit der Miete nicht angegeben, aber festgesetzt wird, daß eine Kündigung vor einem gewissen Zeitpunkt unter Einhaltung einer bestimmten Frist ausgeschlossen sein soll. In diesem Falle wird aber niemand auf den Gedanken kommen, der Kündigung, die zum Ablauf der Aussschlußzeit ausgesprochen werden kann, die Eigenschaft als Kündigung im Rechtssinne abzusprechen. Denn das Mietverhältnis ist ausdrücklich auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, und bei diesem ist jede Kündigung eine Kündigung im Rechtssinne[1]. Damit entfällt aber die Folgerung des RG, nach Ablauf der Kündigungsfrist beginne ein neues Mietverhältnis. Vielmehr liegt hier unzweifelhaft nur ein Mietverhältnis vor, das in seiner Dauer von der zukünftigen Entschließung der Parteien abhängig ist. Das RG und alle, die ihm in seiner Entscheidung gefolgt sind, müßten nun konsequenterweise zu dem Ergebnis kommen, daß hier die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters über die Kündigungsfrist hinaus bis zur Beendigung des Vertrages andauert. Dieses Ergebnis kann jedoch nicht zutreffend sein. Die Kündigungsausschlußklauseln stehen sowohl in ihrem Wesen wie auch in ihren rechtlichen Folgerungen den Verlängerungsklauseln gleich[2]. Es ist lediglich der

---

1) Roquette, Mietrecht, § 535 Rdnr. 86.
2) Ebenso Roquette aaO.

Gebrauch anderer Worte, mit denen jedoch genau das gleiche Ziel und die gleiche Rechtslage erreicht sein soll. Ob die Parteien in ihrem Vertrag zunächst eine bestimmte Mietdauer in Aussicht nehmen und zugleich bestimmen, der Vertrag solle bei Unterlassen der Kündigung als verlängert gelten, oder ob sie ohne Angabe einer festen Mietdauer nur verabreden, daß eine Kündigung vor einem bestimmten Termin ausgeschlossen sein soll, vereinbart ist jeweils allein die Mindestdauer der Miete; der Mieter soll für diese Zeit auf ungestörten Mietbesitz rechnen können und ebenso lange soll er mindestens verpflichtet sein. Angesichts dieser Übereinstimmung ist es aber nicht gerechtfertigt, den ehemaligen Gesellschafter je nach der zufälligen Fassung des Vertrages einer unterschiedlichen Haftung zu unterwerfen. Infolgedessen kann es auch nicht zutreffend sein, hier die Frage nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu stellen. Was in Wahrheit in Frage steht, hat das RG mit nicht zu leugnender Eleganz zugedeckt, nämlich die haftungsbegründende Wirkung eines Vertragsschlusses, der auf eine ungewisse Dauer gerichtet ist. Bei einer Vertragsverlängerung, wie sie das RG vorgefunden hat, dürfte von dem Vertragsschluß richtigerweise nur bei der Eingehung des Mietverhältnisses die Rede sein. Aber auch wer dem nicht folgen will, kommt um die eigentliche Frage nicht herum. Sie ist lediglich mit dem RG aufgeschoben und stellt sich alsdann bei den Kündigungsausschlußklauseln. Zu entscheiden ist allein dies: Soll bei einem Vertrag auf unbestimmte Dauer für die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters allein der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich sein, muß man in beiden Fällen konsequent dessen unbegrenzte Haftung bejahen und die daraus erwachsenden Härten in Kauf nehmen. Sollen hingegen der Haftung des Ausgeschiedenen Grenzen gesetzt sein, muß man sich dazu bekennen, daß trotz eines eindeutig vor dem Ausscheiden erfolgten Vertragsschlusses eine Enthaftung des früheren Gesellschafters möglich ist. Maßgebend kann dann aber nur sein, was den Kern solcher Verträge, mögen sie in der einen oder anderen Weise ausgestaltet sein, ausmacht, nämlich die Bindung der Parteien an den Vertrag, die durch die Möglichkeit einer Kündigung begrenzt wird.

Damit handelt es sich aber um eben die Problematik, um die auch sonst im Schrifttum grundsätzlich gestritten wird. Wenn die wohl h.L. für eine Enthaftung des Ausgeschiedenen nach Ablauf der nächstfolgenden Kündigungsfrist eintritt, so heißt das im Grunde, die haftungsbegründende Wirkung des Vertragsschlusses jedenfalls dort in Frage zu stellen, wo die Bindung der Parteien an den Vertrag durch vorhandene Kündigungsmöglichkeiten begrenzt ist. Eben das bestreiten hingegen die abweichenden Auffassungen, was insbesondere mit dem Argument deutlich gemacht wird, mit Abschluß des Vertrages werde ein Vertrauenstatbestand geschaffen, auf den sich der Gläubiger verlassen können müsse.
Umso weniger einsichtig ist es danach, daß die Auffassung des RG in der Lehre einhellige Anerkennung gefunden hat. Von der wohl h.L. wird damit allerdings ein nur konstruktiver Widerspruch geschaffen. In sachlicher Hinsicht vermag sie nämlich die gleichliegenden Fälle der Verlängerungs- und Kündigungsausschlußklauseln tatsächlich gleich zu behandeln, weil sie bei letzteren eine Befreiung des Ausgeschiedenen aus ihrem allgemeinen Enthaftungsgrundsatz herleiten kann. Damit wird indessen nur die eigene Haltung verschleiert. Es kann nicht überzeugen, wenn bei zwei in ihrem Wesen gleichartigen Fällen eine Enthaftung des Ausgeschiedenen einmal mit der zweifelhaften Behauptung begründet wird, es sei ein neuer Vertrag geschlossen worden, in den übrigen Fällen aber, wo eine derartige Konstruktion notwendig versagen muß, für die Enthaftung des Gesellschafters auf das Unterlassen der Kündigung durch den Gläubiger verwiesen wird. Ob ein Vertrag eine Verlängerungsklausel oder eine Kündigungsausschlußklausel enthält, in beiden Fällen ist eine K ü n d i g u n g vereinbart, und deshalb wäre es nur folgerichtig, wenn in beiden Fällen die Enthaftung des Ausgeschiedenen von dem Unterlassen eben dieser Kündigung abhängig gemacht wird.

Für die abweichenden Ansichten realisiert sich ingegen der Widerspruch, wie er bereits dem RG entgegenzuhalten war. Ihre Zustimmung, die interessanterweise zu einem Teil besonders nachdrücklich geäußert wird[1], versteht sich wie die Lösung des RG

---

1) So z.B. Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 128 Anm. 17; Koenige-Teichmann-Koehler § 128 Anm. 2; Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 31, der RG 125, 417 zitiert, aber offenkundig RG 86, 60 meint; Heinemann S. 22.

offenkundig als ein Versuch, einer uferlosen Ausdehnung der Haftung des Ausgeschiedenen entgegenzutreten. Mit dem Festhalten an dem Grundsatz der Identität von Vertragsdauer und Gesellschafterhaftung ist man jedoch gezwungen, bei den Kündigungsausschlußklauseln wegen des unbestreitbaren Fortbestandes des Schuldverhältnisses konsequenterweise auch die Haftung des Ausgeschiedenen zu bejahen, was aber aus den dargelegten Gründen ein unhaltbarer Widerspruch ist.

Ähnliche Bedenken richten sich endlich gegen die Lösungsvorschläge für den Fall eines einseitigen Kündigungsrechts. Wenn HEINEMANN[1] im Anschluß an das RG meint, ein einseitiges Verlängerungsrecht führe stets zu einem Neuabschluß des Vertrages, so ist er einerseits konsequenter als das RG, führt aber andererseits nur dessen unzutreffenden Ansatz fort. HEINEMANN müßte folgerichtig wiederum einen Unterschied machen, ob die Parteien ein einseitiges Verlängerungsrecht oder ein einseitiges Kündigungsrecht vereinbart haben. Ist letzteres ausbedungen und wird davon kein Gebrauch gemacht, so wird unzweifelhaft das alte Vertragsverhältnis fortgeführt, weshalb HEINEMANN auch die fortbestehende Haftung des Ausgeschiedenen bejahen müßte. Eine derartige Unterscheidung wäre aber ebenso unverständlich wie in den Fällen des beiderseitigen Verlängerungs- oder Kündigungsrechts. Zu Recht meint ROQUETTE[2], das einseitige Verlängerungsrecht - sog. Optionsrecht - sei als ein Gestaltungsrecht anzusehen, das in Voraussetzungen und Wirkungen dem einseitigen Kündigungsrecht gleichstehe. Tatsächlich haben die Vertragsparteien in den beiden Fällen das gleiche gewollt, nämlich eine unterschiedliche Bindung an den Vertrag in der Weise, daß es nur einer Partei überlassen ist, über die kürzere oder längere Dauer der gegenseitigen Verpflichtungen zu entscheiden. Infolgedessen ist es auch hier unrichtig, für die Frage der Enthaftung ermitteln zu wollen, ob nur ein Vertragsverhältnis vorliegt, oder ob der Ablauf eines alten und der Beginn eines neuen Vertrages

---

1) S. 23.
2) Mietrecht, § 535 Rdnr. 188 ff mit ausführlicher Begründung.

auszumachen ist. Mag man auch beim sog. Optionsrecht, wie dies im mietrechtlichen Schrifttum[1] ganz überwiegend der Fall ist, zu der Annahme eines neuen Vertragsschlusses neigen; für die Frage der Enthaftung des ehemaligen Gesellschafters kann hieraus jedenfalls nichts herzuleiten sein. Denn anderenfalls wäre bei einem einseitigen Kündigungsrecht der gegenteilige Schluß zu ziehen, was jedoch wie beim beiderseitigen Verlängerungs- bzw. Kündigungsrecht einen nicht zu rechtfertigenden Widerspruch darstellen würde[2].

Aus alledem folgt, daß die Problematik der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters bei der Verlängerung bestehender Vertragsverhältnisse mit der Frage nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht sinnvoll zu lösen ist[3]. Die allgemein anerkannte Lösung des RG, die Haftungsbefreiung des ausgeschiedenen Gesellschafters sei aus der besonderen Rechtsnatur der sog. Verlängerungsklausel herzuleiten, muß, wenn nicht schon an der bedenklichen Auslegung, so doch an der Tatsache scheitern, daß auf diese Weise eine gleichmäßige Wertung von Verlängerungs-

---

1) Vgl. Nwe. bei Roquette aaO.

2) Dieselbe Inkonsequenz, wie das RG sie in seinem obiter dictum hat erkennen lassen, findet sich übrigens auch in der Stellungnahme von R. Fischer (Großkomm. z. HGB § 128 Anm. 52). Wenn er im Gegensatz zum RG meint, es schließe jedenfalls ein einseitiges Verlängerungsrecht der O H G die Enthaftung des Ausgeschiedenen aus, so verleugnet er genau wie das RG den eigenen Ansatz. Wie die ausdrückliche Bezugnahme auf das einseitige Verlängerungsrecht gerade der OHG beweist, geht es auch R. Fischer nicht eigentlich um den Zeitpunkt des Vertragsschlusses; denn dieser könnte bei einem einseitigen Verlängerungsrecht des G l ä u b i g e r s, das doch gleichfalls dem ursprünglichen Vertrag entstammt, nicht anders zu ermitteln sein. Was tatsächlich gemeint ist, machen die von ihm angeführten Gründe deutlich: Es soll der Gläubiger in seinem Vertrauen auf die persönliche Haftung der Gesellschafter jedenfalls solange geschützt sein, als seine Bindung an den Vertrag reicht, auch wenn der Gesellschaft insoweit eine kürzere Frist zugestanden worden ist.

3) Ausgenommen sind hiervon natürlich die Fälle, in denen nur unter Bezugnahme auf ein früheres Rechtsverhältnis unzweifelhaft ein neuer Vertrag geschlossen wird. Daß den Ausgeschiedenen hierfür keine Haftung trifft, ist selbstverständlich und bedarf keiner Erörterung.

und Kündigungsausschlußklauseln bzw. von einseitigem Verlängerungs- und Kündigungsrecht vereitelt wird. Wenn auch diese Gestaltungsrechte in ihrer Form verschieden sind, so sind sie dennoch in ihrem Wesen, d.h. in Voraussetzungen, Aufgabe und Wirkung gleich, weshalb es nicht gerechtfertigt ist, für die Haftung des ehemaligen Gesellschafters unterschiedliche Konsequenzen zu ziehen. Tatsächlich ist deshalb allein die Frage zu entscheiden, ob ein Vertragsschluß, der auf eine ungewisse Dauer gerichtet ist, stets auch eine Haftung für die gesamte Laufzeit des Schuldverhältnisses begründet, oder ob nicht vielmehr die Haftung des Ausgeschiedenen einer Einschränkung entsprechend der jeweiligen Bindung der Parteien an den Vertrag unterworfen ist. Dies ist aber, wie gesagt, im Kern die gleiche Problematik die auch sonst grundsätzlich umstritten ist. Ihre Klärung enthält deshalb notwendig auch die Lösung, wie bei der Verlängerung bestehender Vertragsverhältnisse zu verfahren ist.

b) Das Kontokorrentverhältnis

In Übereinstimmung mit der bereits erwähnten Rechtsprechung[1] wird auch im Schrifttum[2] ganz überwiegend die Ansicht vertreten, der Ausgeschiedene hafte in Höhe des Zwischensaldos bei seinem Austritt, wobei sich aber diese Schuld verringere, wenn in der Folgezeit Rechnungsabschlüsse einen niedrigeren Schuldsaldo aufweisen (sog. Grundsatz der niedrigsten Saldohaftung). Danach soll also bei Ausscheiden eines Gesellschafters ein

---

1) Vgl. oben S. 42 f.

2) Baumbach-Duden § 128 Anm. 5 E und § 356 Anm. 6 A; Bandasch § 356 Anm. 4; Düringer-Hachenburg-Breit § 356 Anm. 17; R. Fischer in Großkomm. z. HGB § 128 Anm. 55; v. Godin in RGR-Komm. z. HGB § 356 Anm. 2; Hadding ZGR 1973, 137, 153; Heymann-Kötter § 128 Anm. 1 und § 356 Anm. 2; Schlegelberger-Hefermehl § 356 Anm. 8 ff; Weipert in RGR-Komm. z. HGB § 128 Anm. 29; Westermann PH Teil I Rdnr. 359; Soergel-Schultze=v. Lasaulx § 738 Anm. 4.

Zwischensaldo zu ziehen sein, und der errechnete Betrag ist die obere Grenze der Haftung, über die hinaus der Ausgeschiedene auch dann nicht haftet, wenn sich der Saldo in der Folgezeit zu Lasten der Gesellschaft erhöht. Vermindert sich hingegen der Saldo in einem der folgenden periodischen Rechnungsabschlüsse, so ermäßigt sich auch die Haftung des Ausgeschiedenen und ist nun auf diesen Betrag im Höchstfalle fixiert.

Gegen diese Auffassung wird insbesondere eingewendet, daß der Ausgeschiedene danach auch für solche Verbindlichkeiten haften könne, die erst nach seinem Austritt begründet worden sind[1]. So sei es durchaus möglich, daß die OHG nach dem Ausscheiden des Gesellschafters ihren Schuldsaldo gegenüber ihrem Kontokorrentpartner verringert, aber vor dem nächsten Rechnungsabschluß wieder neue Verbindlichkeiten eingeht und diese ins Kontokorrent einstellt. Da es nun nach der ganz h.M. allein auf den Termin der Saldofeststellung ankomme und nicht etwa auf einen zwischenzeitlichen Kontostand, hafte der Ausgeschiedene auch für diese neuen Schulden. Derartige Folgerungen seien aber schon mit dem Haftungssystem der §§ 128, 159 HGB nicht zu vereinbaren[2]; darüber hinaus seien sie auch als ein Verstoß gegen das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter anzusehen[3]. Teilweise wird außerdem darauf verwiesen, daß auch dem Gläubiger eine Beeinträchtigung seiner Position drohe. Dies sei z.B. dann der Fall, wenn die Gesellschaft Vorauszahlungen auf demnächst einzugehende Verpflichtungen leiste, damit zufälligerweise einen niedrigen Saldo bewirke und nunmehr dem Gläubiger insoweit der Zugriff auf den ehemaligen Gesellschafter ohne sachlichen Grund verwehrt werde[4].

Um derartigen Unbilligkeiten vorzubeugen, hat insbesondere BIERHOFF[5] vorgeschlagen, bei Ausscheiden eines Gesellschafters ein weiteres Kontokorrentkonto einzurichten. Soweit dann die in

---

1) Canaris in Großkomm. z. HGB § 356 Anm. 20; Bierhoff S. 82 f; Heinemann S. 27 u. 78 f; weniger deutlich auch: Ritter § 128 Anm. 8; Staub-Pinner § 128 Anm. 6.
2) Bierhoff aaO; Heinemann S. 27.
3) Canaris aaO; Heinemann aaO.
4) Bierhoff aaO; Heinemann aaO.
5) S. 84 f; ebenso Heinemann S. 78 f; ähnlich v. Godin BankArch. 1913, 338 f; wohl auch Staub-Pinner § 128 Anm. 6, der wie Bierhoff auf die ähnlichen Erwägungen von RGZ 4, 81, 84 verweist.

das Kontokorrent neu aufzunehmenden Einzelposten den Debetsaldo des ausgeschiedenen Gesellschafters berührten, seien diese gleichzeitig auf dem laufenden wie auf dem bereits abgeschlossenen Konto der Gesellschaft zu verbuchen. Zu einer Trennung von alten und neuen Verbindlichkeiten neigt offenbar auch RITTER[1]; er gibt jedoch keinen Hinweis, wie dabei im einzelnen verfahren werden soll.

Eine von der h.M. gänzlich abweichende Ansicht vertritt CANARIS[2]. Er hält es zunächst für unzutreffend, daß hier ausnahmsweise für die Haftung ein während des Laufs einer Kontokorrentperiode zu ermittelnder Kontostand und nicht lediglich der an den periodischen Rechnungsterminen bestehende Saldo maßgebend sein soll[3]. Nach seiner Ansicht läßt es sich nicht dem Gesetz entnehmen, daß dem Ausgeschiedenen alle zur Zeit seines Ausscheidens bestehenden Habenposten zugute kommen müßten, wie das die h.M. im Ergebnis annehme. Das wäre allenfalls dann anzunehmen, wenn der Ausscheidende ein schützenswertes Interesse hinsichtlich der in diesem Augenblick bestehenden Aufrechnungs- oder Verrechnungslage hätte. Gerade das sei aber nicht der Fall. Denn nach § 129 Abs. 3 HGB habe der Gesellschafter zwar ein Leistungsverweigerungsrecht, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen könne, und das gleiche wäre möglicherweise anzunehmen, wenn nur die Gesellschaft eine aufrechenbare Forderung hätte. Jedoch könne der Gesellschafter unzweifelhaft weder jenen noch diese zwingen, die Aufrechnungsmöglichkeit auszunutzen und dabei gerade die ihn belastenden Forderungen zu tilgen. Es stehe den Kontokorrentparteien daher frei, die Habenposten zur Tilgung anderer Schuldposten zu verwenden als derjenigen, für die der Ausgeschiedene mithaftet. Im übrigen meint CANARIS[4], die h.M. komme deshalb zu falschen Ergebnissen, weil sie nicht zwischen Verrechnung und Anerkennung trenne und § 356 HGB unterschiedslos auf beide anwende. Das sei indessen schon mit dem Wortlaut des

---

1) AaO.
2) Großkomm. z. HGB § 356 Anm. 19 ff.
3) AaO Anm. 19.
4) AaO Anm. 6 ff.

Gesetzes unvereinbar, da dieses lediglich von der "Anerkennung" und gerade nicht von der "Verrechnung" spreche[1]. Infolgedessen sei § 356 HGB so zu verstehen, daß nur die Anerkennung die Sicherheiten unberührt lasse; die Verrechnung dagegen bringe diese nach dem Akzessorietätsprinzip zum Erlöschen bzw. mache nichtakzessorische Sicherheiten rückübertragungspflichtig, weil und soweit sie auch die gesicherten Forderungen durch Tilgung untergehen lasse[2]. Für die Verrechnung von Kontokorrentforderungen hat nun CANARIS in einer ebenso ausführlichen wie beeindruckenden Darstellung[3] - die wiederzugeben allerdings den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würde - eine von den bisherigen Ansichten[4] abweichende Lösung entwickelt, die von ihm als rein bürgerlich-rechtliche Lehre von der Anwendbarkeit der §§ 366, 367, 396 BGB bezeichnet wird[5]. Danach sind in entsprechender Anwendung der §§ 366 Abs. 1, 396 Abs. 1 S. 1 BGB zunächst bestimmte Leistungen auf bestimmte Forderungen zu verrechnen, sofern der Leistende dies festlegt, wobei diese Bestimmung auch konkludent, wie sie insbesondere in der Bezahlung von Raten liegt, erfolgen kann. Wird keine Bestimmung getroffen, so gelten nach § 366 Abs. 2 BGB zunächst die fälligen, dann die ungesicherten vor den gesicherten, die weniger lästigen vor lästigeren usw. Schulden getilgt. Diese Theorie erweist nach CANARIS[6] ihre besondere Stärke bei der Behandlung des § 356 HGB, da sie es verhindert, daß dem ausgeschiedenen Gesellschafter später begründete Verbindlichkeiten angelastet werden. Hat z.B. die Gesellschaft vor dem Ausscheiden einen Kredit aufgenommen und ratenweise Rückzahlung vereinbart, so erlischt die Haftung des Ausgeschiedenen mit der Rückzahlung ohne Rücksicht darauf, daß sich bei einem späteren Rechnungsabschluß infolge eines neuen Kreditbedürfnisses der Gesellschaft der Saldo zu ihren Lasten wieder erhöht.

---

1) AaO Anm. 8 mit weiterer ausführlicher Begründung.
2) AaO Anm. 6.
3) Großkomm. z. HGB § 355 Anm. 67 ff.
4) Ganz herrschend ist die Lehre von der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung ; ferner wird die Lehre vom Staffelkontokorrent vertreten; ausführlicher Überblick bei Canaris aaO Anm. 68 ff.
5) AaO Anm. 74 ff.
6) Großkomm. z. HGB § 355 Anm. 69 und § 356 Anm. 9 u. 19 f.

Es ist zutreffend, daß für die Haftung eines ausgeschiedenen Gesellschafters aus Kontokorrentverhältnissen allgemein auf die Bestimmung § 356 HGB verwiesen wird. Wie die Entstehungsgeschichte der Norm beweist, hat der Gesetzgeber, veranlaßt durch die vorangehende Rechtsprechung, gerade auch diese Problematik klären wollen. In den Materialien[1] heißt es dazu: "Die Rechtsprechung nimmt an, daß mit der beiderseitigen Anerkennung des Saldos ... die Sicherheiten ohne weiteres erlöschen ... . Ebenso wird in dem Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer offenen Handelsgesellschaft, welche zur Zeit dieses Ausscheidens Kontokorrentschuldnerin eines Kaufmanns war, dem auf diesen Zeitpunkt folgenden erneuten Saldoanerkenntnis der Gesellschaft die Wirkung beigelegt, daß der ausgeschiedene Gesellschafter von jeder Haftung frei wird. Diese Rechtssätze stehen mit den Bedürfnissen und Anschauungen des Verkehrs nicht im Einklange. Sie werden auch durch das Wesen des Kontokorrentverhältnisses nicht notwendig bedingt. Wenn auch das Saldoanerkenntnis einen selbständigen Verpflichtungsgrund bildet, so schließt dieser Umstand nicht aus, daß die in der Rechnung enthaltenen Einzelforderungen in gewissen Beziehungen noch eine Wirkung üben". Unzutreffend erscheint hingegen, daß insbesondere die hier herrschende Ansicht die Haftung des Ausgeschiedenen bei Kontokorrentverhältnissen wegen der Bestimmung § 356 HGB wesentlich anders beurteilen will als bei den übrigen langfristigen Schuldverhältnissen. Zu Recht wird ihr entgegengehalten, der Grundsatz der niedrigsten Saldohaftung führe zu einer Haftung des Ausgeschiedenen auch für eindeutig erst nach dem Ausscheiden begründete Verbindlichkeiten und dies sei ein Verstoß gegen das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter sowie ein sachlich nicht zu rechtfertigendes Abweichen von dem Haftungssystem der §§ 128, 159 HGB. Man stelle sich vor, die Gesellschaft hat bei Ausscheiden eines Gesellschafters eine Darlehensschuld von 10.000 DM und eine Kaufpreisschuld von 5.000 DM. Zahlt nun die Gesellschaft auf Aufforderung des

---

1) Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches, 1897, S. 213 f.

wegen des Ausscheidens irritierten Gläubigers 15.000 DM zum Kontokorrent, so dauert die Haftung des Ausgeschiedenen nach der h.M. gleichwohl unverändert fort, wenn die Gesellschaft vor dem nächsten Rechnungsabschluß vom Gläubiger, etwa wegen des Eintritts eines neuen Gesellschafters, einen erneuten Kredit über 15.000 DM bewilligt erhält. Der Ausgeschiedene haftet hier also eindeutig für ein nach seinem Ausscheiden vorgenommenes Rechtsgeschäft, was umso unerträglicher ist, als er auf dessen Abschluß und die Verwendung des Kredits keinen Einfluß mehr nehmen kann und auch an einem eventuellen Gewinn nicht mehr beteiligt ist. Derartige Unbilligkeiten lassen sich auch nicht mit dem Hinweis rechtfertigen, daß die Kontokorrentabrede noch während der Zugehörigkeit des Ausgeschiedenen zu der Gesellschaft geschlossen worden ist und daß er deren Folgen deshalb gegen sich gelten lassen müsse[1]. Die Kontokorrentabrede sowie der entsprechende Geschäftsvertrag sind, wie CANARIS[2] zutreffend bemerkt, insoweit völlig neutrale Rechtsgeschäfte. Durch sie soll lediglich die Verrechenbarkeit eventueller zukünftiger Forderungen und Leistungen festgelegt, nicht jedoch eine besondere Haftung begründet werden. Auch aus der Bestimmung § 356 HGB kann eine solche Forthaftung des Ausgeschiedenen kaum herzuleiten sein. Diese Vorschrift ordnet nicht ausdrücklich die weitere Haftung an, sondern bestimmt vielmehr nur negativ, daß die Anerkennung des Rechnungsabschlusses die Weiterhaftung nicht zu beseitigen vermag. Es folgt daher schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, daß sie lediglich an eine vorhandene Haftung anknüpfen, nicht aber diese in einer besonderen Weise begründen will[3]. Tatsächlich ist sie deshalb lediglich als eine die §§ 128, 159 HGB ergänzende Vorschrift, nicht aber, wie es die h.M. im Ergebnis annimmt, insoweit als eine Ausnahmeregelung anzusehen. Aus dem Haftungssystem der §§ 128, 159 HGB folgt aber einerseits, daß die h.M. für die Haftung des ehemaligen Gesellschafters zutreffend von dem sich zur Zeit des Ausscheidens ergebenden Zwischen-

---

1) So aber BGHZ 50, 284.
2) AaO Anm. 20 a.E.
3) So auch Staub-Pinner § 128 Anm. 6.

saldo ausgeht; dagegen ist CANARIS entgegenzuhalten, daß die Gesellschaft schon wegen ihrer Verpflichtung zur Schuldenbefreiung, § 738 Abs. 1 BGB, von einer bestehenden Aufrechnungslage nicht abzuweichen berechtigt ist. Aus den Bestimmungen §§ 128, 159 HGB folgt indes andererseits, daß dem Ausgeschiedenen auch im Rahmen eines Kontokorrentverhältnisses die später eingegangenen Verpflichtungen der Gesellschaft nicht mehr angelastet werden dürfen. Hier ist es die Lösung von CANARIS, die in der überzeugendsten Weise einen Ausgleich zu bieten vermag.

Kaum verständlich ist im übrigen die Tatsache, daß zwar allgemein der Umfang der Haftung des Ausgeschiedenen erörtert wird, das hiermit zugleich bestehende Problem der möglichen Haftungsdauer jedoch weitgehend unbeachtet bleibt. So ist es nicht ohne Widerspruch, wenn einerseits im Schrifttum für eine Vielzahl von Schuldverhältnissen unter Hinweis auf deren unbestimmte Laufzeit und der damit drohenden endlosen Haftung des Ausgeschiedenen überwiegend für dessen Befreiung nach Ablauf der nächstfolgenden Kündigungsfrist eingetreten wird, andererseits aber beim Kontokorrentverhältnis, das in der Regel ebenfalls auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und durch Kündigung, vgl. § 355 Abs. 3 HGB, zu beenden ist, dieselbe Frage nirgends aufgeworfen wird. Wie problematisch aber gerade auch die mögliche Dauer einer solchen Haftung ist, zeigt die hierzu jüngste Entscheidung des BGH[1], der dann auch erstmals die Frage nach der Wirkung des Unterlassens einer möglichen Kündigung auf die Forthaftung des Gesellschafters aus einem Kontokorrentverhältnis aufgegriffen hat.
Nach dem dort mitgeteilten Sachverhalt hatte die Klägerin, eine Bank, der Gesellschaft im Jahre 1961 im Rahmen eines bestehenden Kontokorrentverhältnisses einen Überziehungskredit bis zu 50.000 DM eingeräumt, zu dessen Sicherung zwei Grundschulden in Höhe von 20.000 DM und 30.000 DM bestellt wurden. Im April 1965 schied die Beklagte als Gesellschafterin aus der OHG aus. Die Schuld der Gesellschaft bei der Klägerin betrug zu diesem Zeitpunkt aus dem Überziehungskredit rd. 63.000 DM und aus einem Diskontkredit

1) BGH NJW 1974, 100 = DB 1973, 2439.

weitere rd. 54.000 DM. Nach dem Ausscheiden der Beklagten erhöhte die Klägerin das Kreditvolumen der Gesellschaft auf 200.000 DM, wobei ihr weitere Grundschulden bestellt wurden. Im Dezember 1969 wurde über das Vermögen der Firma das Vergleichsverfahren eröffnet. Nach Verwertung der Grundschulden und Erhalt der Vergleichsquote verblieb der Klägerin von einer ursprünglichen Forderung aus dem Überziehungskredit in Höhe von rd. 212.000 DM - der Diskontkredit war zu dieser Zeit ausgeglichen - noch eine Restforderung von rd. 22.000 DM, für die sie die Beklagte in Anspruch genommen hat. Der BGH hat die bereits von der Vorinstanz angenommene Haftung der Beklagten bestätigt und in den Gründen in zweierlei Hinsicht aufschlußreiche Feststellungen getroffen.

Die Beklagte hatte einmal darauf verwiesen, die Klägerin habe sie stillschweigend aus der Haftung entlassen, weil sie vor der Gewährung neuer Kredite nicht den alten Kredit aufgekündigt habe, um notfalls erst Befriedigung aus der Verwertung der auch von der Beklagten bestellten Grundschulden zu erlangen[1]. Der BGH hält dem entgegen, daß ein solcher Verzicht zwar "sonst bei der Fortsetzung von Dauerschuldverhältnissen mit einer offenen Handelsgesellschaft nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters unter besonderen Umständen gegeben sein mag". Dem stehe hier aber entgegen, daß durch eine Kündigung des Kredits die Fortführung des Unternehmens, an der wegen einer in monatlichen Raten von 2.500 DM aus den Geschäftseinnahmen zu zahlenden Abfindung ersichtlich auch der Beklagten gelegen war, gefährdet worden wäre.
Die Beklagte hatte sich ferner auf ein Argument gestützt, wie es ähnlich zuvor nur im Schrifttum und hier allein in Zusammenhang mit nach dem Ausscheiden vorgenommenen Kreditierungshandlungen des Gläubigers wie Stundung, Wechselprolongation u.ä. erörtert worden ist[2]. Sie hatte nämlich eingewendet, das Vorgehen der Klägerin sei rechtsmißbräuchlich; denn der Schuldsaldo des laufenden Kontos sei bei Ausscheiden durch die Grundschulden voll abgedeckt gewesen; sie, die Beklagte, werde deshalb im Ergebnis für einen Ausfall in Anspruch genommen, den die Klägerin durch

---

1) AaO unter II.
2) Dazu sogleich näher unten S. 80 ff.

spätere Rechtsgeschäfte mit dem verbliebenen Gesellschafter erlitten habe[1]. Demgegenüber verweist der BGH darauf, daß zur Zeit des Ausscheidens noch der durch die Grundschulden nicht abgesicherte Diskontkredit offengestanden habe. Wenngleich dieser Kredit durch Akzepte gedeckt gewesen sei und bei der Eröffnung des Vergleichsverfahrens nicht mehr bestanden habe, könne "nicht ohne weiteres" davon ausgegangen werden, daß die Klägerin damals voll befriedigt worden wäre.

Diese in beiden Fällen sichtlich auf tatsächliche Besonderheiten ausweichende Argumentation des BGH läßt aber deutlich Zweifel erkennen, ob nicht bei einem derart fortgeführten Kreditverhältnis die Haftung des ehemaligen Gesellschafters jedenfalls unter bestimmten Voraussetzungen zu begrenzen sei. Tatsächlich dürfte auch eine solche Möglichkeit nicht generell zu leugnen sein. Denn anderenfalls drohte die persönliche Gesellschafterhaftung in einer Weise ausgedehnt zu werden, die von deren Sicherungszweck kaum mehr gedeckt erscheint. Gesellschaft und Gläubiger wäre es dann nämlich ermöglicht, das Ausscheiden des Gesellschafters völlig zu ignorieren; sie könnten ihn praktisch für unbegrenzte Dauer weiterhin als den vielleicht entscheidenden Teil der Kreditgrundlage des Unternehmens behandeln; zugleich würde damit das Ausscheiden selbst erheblich erschwert, wenn nicht gar vollends in Frage gestellt.

c) Die schuldhafte Verletzung des Depotvertrages - die Anwendbarkeit der §§ 421 ff BGB

Besonders umstritten ist ferner die Frage, ob der ausgeschiedene Gesellschafter haftet, wenn die Gesellschaft noch zur Zeit seiner Mitgliedschaft Wertpapiere in Verwahrung genommen hat, ihr

---

1) AaO unter IV 2.

jedoch später durch schuldhaftes Verhalten die Rückgabe unmöglich geworden ist. Die Diskussionen im Schrifttum sind hier durch die drei bereits erwähnten Urteile in ganz unterschiedlicher Weise geprägt worden.

Die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[1], das die Befreiung des ehemaligen Gesellschafters mit einer stillschweigenden Haftungsentlassung seitens des Gläubigers begründet hatte, hat im Schrifttum zunächst allgemeine Zustimmung gefunden[2].

Der Streit entzündet sich an der Entscheidung des RG[3], in der die Haftung des Ausgeschiedenen für die spätere Wertpapierveruntreuung jedenfalls für den Fall der uneigentlichen Verwahrung bejaht und im Hinblick auf das vorgenannte Urteil ausgeführt worden war, daß in der weiteren Überlassung des Depots nicht ohne weiteres ein Haftungsverzicht des Gläubigers zu erblicken sei. ROSPATT[4] und ALTENBERG[5] halten die Entscheidung des RG im Ergebnis für unbillig, weil sich danach die weitere Belassung der Papiere bei der Gesellschaft als eine willkürliche Steigerung des Risikos für den Ausgeschiedenen auswirke. Demgegenüber greift FLECHTHEIM[6] unter Hinweis auf die Bestimmung § 425 BGB die vom RG angedeutete Unterscheidung von eigentlicher und uneigentlicher Verwahrung auf. Nach FLECHTHEIM haftet der Gesellschafter für die Veruntreuung der Wertpapiere nur im Falle der uneigentlichen Verwahrung, weil es sich hierbei um eine gewöhnliche Gattungsschuld handele. Bei der eigentlichen Verwahrung und ebenso dem Sammeldepot hingegen soll zwar entgegen dem Reichsoberhandelsgericht grundsätzlich von einer fortbestehenden Haftung des Gesellschafters auszugehen sein; jedoch hafte hier der Ausgeschiedene lediglich für die Rückgabe der anvertrauten Papiere, nach §§ 275, 425 Abs. 2 BGB nicht aber für deren schuldhafte Veruntreuung durch die Gesellschaft[7].

---

1) ROHG 19, 17.
2) Z.B. Staub-Pinner § 143 Anm. 10; Czapski S. 133; Tomerius S. 86; Turba S. 60 f.
3) RGZ 125, 417.
4) BankArch. 1930, 305, 313 ff.
5) KGBl 1930, 37.
6) Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 128 Anm. 17.
7) Im Ergebnis ebenso Ohse JW 1930, 2657.

Es war offenbar dieser Lösungsvorschlag von FLECHTHEIM, der zu einer Verlagerung der Diskussion auf den bis heute wohl umstrittensten Fragenbereich innerhalb der Problematik der Gesellschafterhaftung geführt und den BGH[1] veranlaßt hat, in einer neuerlichen Entscheidung deutlich andere Akzente zu setzen. Dabei handelt es sich um die Frage, in welchem Verhältnis die persönliche Haftungsverpflichtung des Ausgeschiedenen zu der Verpflichtung der Gesellschaft steht, und im Besonderen um die Frage, ob solche Tatsachen und Ereignisse, die später hinsichtlich eines zwischen der OHG und ihrem Gläubiger bestehenden Vertrages lediglich im Verhältnis der beiden Vertragspartner untereinander eingetreten sind, auch dem zu diesem Zeitpunkt bereits ausgeschiedenen Gesellschafter zuzurechnen sind. Eine zunächst herrschende Meinung[2] ging davon aus, daß zwischen der persönlichen Haftungsverpflichtung des ausgeschiedenen Gesellschafters und der Verpflichtung der Gesellschaft ein gesamtschuldnerisches Verhältnis besteht. Denn mit dem Ausscheiden des Gesellschafters würde dessen fortbestehende Haftungsverpflichtung zu einer selbständigen und erfülle nunmehr mit der Verpflichtung der Gesellschaft die in § 421 BGB gestellten Voraussetzungen für das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses. Daraus folgerte man die Anwendbarkeit des § 425 BGB, der bestimmt, daß Kündigung, Verzug, Verschulden, Unmöglichkeit der Leistung etc. prinzipiell nur für und gegen den Gesamtschuldner wirken, in dessen Person sie eintreten. Dieser Ansicht ist der BGH in der erwähnten Entscheidung entgegengetreten. Ohne sich hier zunächst festzulegen, ob § 425 BGB insoweit überhaupt unanwendbar oder aber zwar anzuwenden sei, sich aber aus dem Schuldverhältnis etwas anderes

---

1) BGHZ 36, 224 = NJW 1962, 536.
2) RG JW 1928, 2612; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 128 Anm. 16; Heyn NJW 1959, 923, 924 Fn. 22; Lehmann ZHR 79, 57 ff; Ritter § 128 Anm. 8; Rospatt BankArch. 1930, 305, 308; schwankend offenbar Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 32.

als die grundsätzliche Nichtzurechnung ergebe, vgl. § 425 Abs. 1 BGB[1)], stellt der BGH fest, die Haftung des Ausgeschiedenen ergebe sich aus der besonderen Interessenlage der Beteiligten. Die persönliche Haftung der Gesellschafter stelle mangels gesetzlicher Einlagepflicht und Entnahmeverbot praktisch den einzigen Schutz der Gesellschaftsgläubiger dar. Dieser würde aber beeinträchtigt oder vereitelt werden, wenn die Gesellschafter bei einer von der Gesellschaft verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung auf Grund des § 425 BGB frei würden. Zwar sei nicht zu verkennen, daß sich die Lage des Ausgeschiedenen durch die Trennung von dem Unternehmen verschlechtert habe. Man würde deshalb "möglicherweise die Ansicht vertreten können", der Gläubiger müsse den Ausgeschiedenen mahnen, wenn er ihn in Verzug setzen wolle und gleiches könne für Fristsetzung, Kündigung u.ä. gelten. Die Frage, ob das Verschulden der Gesellschaft nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters nicht mehr gegen diesen wirke, berühre jedoch "den Kern der Gläubigerrechte". Würde der Gläubiger in diesen Fällen nicht mehr gegen den Ausgeschiedenen vorgehen können, so wäre der Schutz, den ihm die persönliche Haftung der Gesellschafter verschaffen soll, nicht gewährleistet. Der Gläubiger handele im Vertrauen darauf, daß ihm die Gesellschafter der OHG

---

1) AaO S. 226 f; in späteren Entscheidungen hat dann der BGH eindeutiger klargestellt, daß zwar zwischen der OHG und einem ausgeschiedenen Gesellschafter kein echtes Gesamtschuldverhältnis bestehe, daß aber in jedem Einzelfall zu prüfen sei, ob und inwieweit die Vorschriften der §§ 421 ff BGB auf das Verhältnis der Gesellschaftsverbindlichkeit zu der persönlichen Haftungsverpflichtung des ausgeschiedenen Gesellschafters entsprechend anzuwenden sind; vgl. BGHZ 39, 319, 324; 44, 229, 233; 47, 376, 378; 48, 203, 204; das neuere Schrifttum ist dem, soweit nicht eine ähnliche Ansicht wie z.B. von Hueck und Duden bereits vorher vertreten worden war, im wesentlichen gefolgt; Baumbach-Duden § 128 Anm. 5 A, Hueck, OHG, § 29 II 4; R. Fischer in Großkomm. z. HGB § 128 Anm. 56 (mit Einschränkungen); Lehmann-Dietz § 21 II 4; Kornblum S. 185 ff; Kühne ZHR 130, 149; Reinhardt, Gesellschaftsrecht, Rdnr. 147; Westermann PH Teil I Rdnr. 363; Wagner S. 135; Bierhoff S. 39 ff; grundsätzlich auch Flume, Festschrift für Alexander Knur, S. 125; a.A. offenbar Heymann-Kötter § 128 Anm. 2.

persönlich haften. Ebenso wie er sich deshalb z.B. bei einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen Mietvertrag darauf verlassen können müsse, daß der Gesellschafter auch nach seinem Ausscheiden für die Miete aufkomme und schadensersatzpflichtig sei, wenn die Mietsache schuldhaft beschädigt wird, müsse er auch bei einem Depotvertrag haften, wenn die Leistung nach seinem Ausscheiden durch ein Verschulden der Gesellschaft unmöglich geworden ist. Abschließend erwähnt das Gericht kurz den Enthaftungsgrundsatz der heute wohl h.L., meint aber, hierzu keine Stellung nehmen zu müssen. Bei der Verpflichtung einer Bank, Aktien auf Grund eines Depotvertrages herauszugeben, handele es sich jedenfalls nicht um eine neu erwachsende Verbindlichkeit und infolgedessen komme hier weder eine Haftungsbeschränkung nach Maßgabe des § 425 BGB noch eine vollständige Entlassung des Schuldners aus der Haftung in Betracht.

Auch diese Entscheidung ist im Schrifttum auf Widerspruch gestoßen. FLUME[1] greift dem BGH folgend die Frage der Anwendbarkeit des § 425 BGB auf, meint aber, das Gericht habe diese zu Unrecht verneint. Nach seiner Ansicht soll über die Haftung des Ausgeschiedenen für die Verbindlichkeiten aus fortdauernden Rechtsverhältnissen danach zu entscheiden sein, ob diese in dem Bestehen des Rechtsverhältnisses zum Zeitpunkt des Ausscheidens oder in der Fortsetzung desselben durch den Gläubiger ihren Grund haben. Setze der Gläubiger nach dem Ausscheiden des Gesellschafters das Rechtsverhältnis zur Gesellschaft über die zunächst bestimmte Zeit fort oder kündige er nicht zu dem nächsten Termin oder mache er Herausgabeansprüche nicht in angemessener Zeit geltend, so könne er sich für die Folgezeit nicht mehr auf das Vertrauen zu dem ausgeschiedenen Gesellschafter berufen. Es gelte dann vielmehr die Grundregel von § 425 BGB, wonach in dem vom BGH entschiedenen Falle die Haftung des Gesellschafters zu verneinen gewesen sei.
Auch REINHARDT[2] meint, die Entscheidung des BGH fordere zur Kritik heraus, weil nach Ablauf einer angemessenen Frist seit

---

1) Festschrift für Alexander Knur, S. 140 f.
2) Gesellschaftsrecht, Rdnr. 148.

dem Ausscheiden ein durch die Gesellschaft begangener Vertragsbruch dem Ausgeschiedenen nicht mehr angelastet werden dürfe. Er begnügt sich jedoch mit dem Hinweis, auf besondere Schwierigkeiten stoße die Konkretisierung des Zeitraumes, der als angemessen gelten könne, und erklärt weiter, die Rechtsprechung werde hier wie auch in anderen Fällen einen entsprechenden Rahmen finden.

Eine merklich zurückhaltende Kritik äußert auch R. FISCHER[1]. Er behauptet - dies wohl zu Unrecht -, auch der BGH gehe von dem im Schrifttum überwiegend vertretenen Enthaftungsgrundsatz aus, und infolgedessen erschiene das Ergebnis "zweifelhaft". Das bedeutete nämlich, daß man folgerichtig auch bei einem fortgeführten Miet- oder Pachtvertrag bei den Verpflichtungen des Mieters oder Pächters einen Unterschied machen müßte, und zwar die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für die später anfallenden Miet- oder Pachtzinsen zu verneinen, die Haftung für die Rückgabe des Miet- oder Pachtgegenstandes dagegen zu bejahen wäre, womit aber der Enthaftungsgrundsatz zu einem Teil aufgegeben sei[2]. Das übrige Schrifttum hat sich dagegen der Auffassung des BGH und der im Ergebnis übereinstimmenden Ansicht des RG angeschlossen. Dabei wird zur Begründung, soweit eine solche überhaupt gegeben wird, teils auf die Unanwendbarkeit des § 425 BGB wegen Fehlens eines Gesamtschuldverhältnisses, teils (auch) auf die Interessenlage unter den Beteiligten verwiesen[3].

Die Anwendung der Bestimmung § 425 BGB erscheint in der Tat bedenklich, betrachtet man deren Auswirkungen auf die unterschiedlichen Arten des Verwahrungsverhältnisses. Die von FLECHTHEIM konsequent getroffene Unterscheidung - Haftung nur bei uneigentlicher, nicht aber bei eigentlicher Verwahrung - erscheint nicht

---

1) Großkomm. z. HGB § 128 Anm. 53.
2) In Anm. 59. aaO, scheint R. Fischer dem BGH dann allerdings doch uneingeschränkt zustimmen zu wollen.
3) Baumbach-Duden § 128 Anm. 5 C; Hadding ZGR 1973, 137, 154; Heymann-Kötter § 128 Anm. 1; Heyn NJW 1959, 923 Fn. 5; Hueck, OHG, § 29 II 4 Fn. 44; Kornblum S. 185 ff; Koenige-Teichmann-Koehler § 128 Anm. 2; Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 32; Wagner S. 135 f; Weipert in RGR-Komm. § 128 Anm. 29; Westermann PH Teil I Rdnr. 359; Bierhoff S. 38 f; Knackstedt S. 110; Heinemann S. 88 ff.

sinnvoll. Zu Recht ist es als ein wirtschaftlich unmögliches Ergebnis bezeichnet worden, daß der sein Eigentum behaltende Kunde ungünstiger gestellt werden soll als derjenige, der sein Eigentum auf die OHG übertragen hat[1]. Es wird indes nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein, die Problematik der Anwendbarkeit der §§ 421 ff auf das Verhältnis von Gesellschaftsverbindlichkeit und persönlicher Haftungsverpflichtung des Gesellschafters zu erörtern. Es dürfte dies, wenngleich die Stellungnahmen in Rechtsprechung und Schrifttum diesen Eindruck erwecken, in Wahrheit auch gar nicht die hier zu untersuchende Frage der Haftung des Ausgeschiedenen aus langdauernden Schuldverhältnissen betreffen. Man mag sich jener Problematik - und sie besteht bei den auf einen einmaligen Leistungsaustausch gerichteten Schuldverhältnissen nicht weniger - zuwenden, sofern die Forthaftung des Ausgeschiedenen aus dem Schuldverhältnis an sich feststeht. Soweit diese aber Zweifeln unterliegt, gilt es notwendig diese Frage vorrangig zu klären, da verneinendenfalls die Frage nach der Zurechnung etwa einer später von der Gesellschaft verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung gegenstandslos wird. Das mag selbstverständlich klingen, ist es aber offenkundig nicht. Denn obwohl eine überwiegend vertretene Lehre bei einer Vielzahl von Verträgen mit unbestimmter Laufzeit aus guten Gründen für eine baldige Enthaftung des Ausgeschiedenen eintritt und nach anderer Ansicht immerhin ein Haftungsausschluß in entsprechender Anwendung des § 159 Abs. 1 HGB nach Ablauf von fünf Jahren in Betracht zu ziehen ist, wird mit Ausnahme nur von R. FISCHER[2] die gleiche Frage beim Depotvertrag nirgends aufgeworfen. Wenn stattdessen auch von den Vertretern dieser Auffassungen zur Begründung der Haftung des Ausgeschiedenen etwa nur auf die Nichtanwendbarkeit des § 425 BGB verwiesen wird, so steht das deutlich in Widerspruch zu dem sonst vertretenen Standpunkt;

---

1) So Hueck § 49 II 4 Fn. 49; Jacobi ZBH 1931, 237; Bierhoff S. 42 f; im Erg. auch Rospatt BankArch. 1930, 305, 313.
2) Er ist der einzige Vertreter der h.L., der den Enthaftungsgrundsatz ausdrücklich auch auf "Verwahrungsverträge im weitesten Sinne" für anwendbar erklärt; vgl. oben S. 14.

dieser ist umso weniger verständlich, als damit zu Ergebnissen geführt wird, die in anderen Fällen zu Recht als für den Ausgeschiedenen unerträglich bezeichnet worden sind.
Der Verwahrungsvertrag ist ein längerfristiges Schuldverhältnis, das durch die Rückforderung seitens des Hinterlegers, vgl. § 695 BGB, oder das Rücknahmeverlangen des Verwahrers, vgl. § 696 BGB, beendet wird. Sowohl in der Rückforderung als auch im Rücknahmeverlangen ist unbedenklich eine Kündigung zu sehen[1]. Man vergleiche hierzu andere kündbare langfristige Vertragsverhältnisse wie z.B. die stets erwähnten Miet- oder Pachtverträge. Wird nun im Falle der Depotveruntreuung argumentiert, die Frage, ob das Verschulden der Gesellschaft nach dem Ausscheiden des Gesellschafters auch gegen diesen wirke, berühre den Kern der Gläubigerrechte und sein Schutz erfordere nach Sinn und Zweck der persönlichen Gesellschafterhaftung, daß er auch gegen den nach Vertragsschluß ausgeschiedenen Gesellschafter vorgehen könne, so kann bei den Miet- und Pachtverhältnissen kaum etwas anderes gelten. Mit Recht meint deshalb R. FISCHER, daß mit der gleichen Begründung eine Haftung des ehemaligen Gesellschafters wenigstens auch für eine spätere schuldhafte Beschädigung oder Vernichtung der Miet- oder Pachtsache anzunehmen wäre. Die übrigen Vertreter der wohl h.L. würden aber keineswegs so entscheiden. Wenn sie die Enthaftung des Ausgeschiedenen aus einem schlüssigen Verzicht des Gläubigers herleiten und hierzu etwa ausführen, dieser akzeptiere mit dem Unterlassen der Kündigung die verbliebenen Gesellschafter als alleinige Schuldner, so ist damit offenkundig eine vollständige Entlassung des Gesellschafters aus dem fortbestehenden Schuldverhältnis gemeint. Diese schließt jedoch selbstverständlich ein, daß dem Ausgeschiedenen auch eine später eintretende schuldhafte Unmöglichkeit hinsichtlich der Rückgabe von Miet- oder Pachtsache nicht mehr angelastet werden kann. Alsdann fragt sich aber, weshalb bei einem Depotvertrag grundsätzlich andere Konsequenzen zu ziehen sein sollen. Vom Standpunkt der

---

1) So ausdrücklich z.B.: Molitor, Die Kündigung, S. 262; Soergel-Mühl § 695 Anm. 1; Siber, Schuldrecht, § 67 I 4; vgl. auch Staudinger-Nipperdey § 696 Anm. 3.

wohl h.L. wäre hierzu mindestens der Nachweis erforderlich, weshalb der Enthaftungsgrundsatz bei Verwahrungsverträgen unanwendbar ist. Wie oben dargestellt, zieht man für den Anwendungsbereich dieses Enthaftungsgrundsatzes keineswegs klare Grenzen, sondern beschränkt sich auf vage Formulierungen wie z.B. "laufende Kosten" oder "Dauerschuldverhältnisse des täglichen Lebens". Es ist nun kein Grund ersichtlich, warum ein Depotvertrag nicht in diesen Rahmen passen sollte. Mit der Besonderheit, daß hier nur von Seiten des Gläubigers u.U. erhebliche Werte übergeben werden, wäre das jedenfalls nicht zu begründen. Denn das ist nicht wesentlich anders bei Miet- und Pachtverträgen, bei welchen die der Gesellschaft anvertraute Miet- oder Pachtsache ebenfalls einen erheblichen Wert verkörpern kann.
Die Vergleichbarkeit dieser Schuldverhältnisse bestätigt im Übrigen auch der BGH. Dieser zieht indes eine unrichtige Parallele, wenn er meint, der Ausgeschiedene müsse für die Verletzung des Depotvertrages ebenso haften wie bei einem Mietvertrag, der "auf bestimmte Zeit abgeschlossen" worden ist. Dem BGH dürfte in letzterem zuzustimmen sein, ohne daß deshalb Anlaß besteht, gleiche Folgerungen auch für die Haftung des Gesellschafters aus dem i.d.R. jederzeit von beiden Vertragspartnern zu beendigenden Depotvertrag zu ziehen.
Der Versuch von FLUME, die Frage der Haftung aus einem Depotverhältnis mittels Anwendung des § 427 BGB negativ zu lösen, kann ebenfalls nicht überzeugen. Wie insbesondere seine auf H. FISCHER Bezug nehmenden Äußerungen beweisen, neigt auch er grundsätzlich zu der Annahme, daß die Fortsetzung des Schuldverhältnisses seitens des Gläubigers über den nächstzulässigen Kündigungstermin hinaus für den ausgeschiedenen Gesellschafter befreiende Wirkung haben müsse. Wenn er dessen ungeachtet auf die Anwendung des § 427 BGB verweist, so erscheint das zunächst nicht folgerichtig. Überdies ergibt diese Lösung aber auch nur teilweise einen Sinn. Denn hiermit sind nur Teilprobleme, nämlich die Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters im Falle des Eintritts der in § 427 BGB näher bestimmten Tatsachen und Ereignisse zu lösen; hingegen wird nichts zu der praktisch wichtigeren Frage ausge-

sagt, ob und inwieweit der Ausgeschiedene Befreiung etwa von den fortbestehenden Erfüllungsansprüchen erlangen kann.
Am ehesten vermag deshalb die Ansicht von P. FISCHER zu überzeugen, der allein folgerichtig für eine baldige Enthaftung des Ausgeschiedenen eintritt. In der Tat erscheint es als eine untragbare Härte für den Ausgeschiedenen, ihm für die während seiner Mitgliedschaft hinterlegten Wertpapiere eine Haftung stets solange aufbürden zu wollen, bis sich etwa der Hinterleger zu einer Auflösung des Depots entschließt. Man halte sich vor Augen, welche Zeitspannen zwischen Ausscheiden und Inanspruchnahme des Gesellschafters in den genannten Entscheidungen gelegen haben: im Fall des BGH handelte es sich um drei, im Fall des RG um zwei und im Fall des Reichsoberhandelsgericht gar um mehr als fünf Jahre. Man denke des weiteren daran, über welche Zeiträume die Einlagerung der Wertpapiere sich tatsächlich erstrecken kann; im Fall des BGH war diese lt. mitgeteiltem Sachverhalt[1] "vor oder während des Krieges", die schuldhafte Verfügung zugunsten des Nichtberechtigten aber erst 1955, also nach einem Zeitraum von rd. 20 bis 25 Jahren erfolgt. Berücksichtigt man endlich, daß es sich hier jeweils um Bankgeschäfte handelte, bei denen die Wertpapierverwahrung in den Kreis der gewöhnlichen Geschäfte fällt und wertmäßig einen beträchtlichen Umfang erreichen kann, dann liegt es auf der Hand, daß eine derartige Forthaftung den Gesellschafter mit völlig unabsehbaren und deshalb untragbaren Risiken bedroht. Es ist daher mit P. FISCHER nach einer Haftungsbegrenzung zu suchen, die ohne Rücksicht auf die tatsächliche Vertragsdauer sinnvoll an eine noch zur Zeit der Mitgliedschaft des Gesellschafters in Aussicht genommene Vertragsdauer anknüpfen kann. Für die angesprochenen Zurechnungsfragen i.S.

---

1) Dieser Sachverhalt wird nur in der amtlichen Sammlung Bd. 36, 224 mitgeteilt.

des § 425 BGB bleibt danach nur dort noch Raum, wo eine Beendigung dieser Haftung noch nicht festzustellen ist[1].

d) Kreditierungshandlungen des Gläubigers - Haftungsausschluß wegen widersprüchlichen Verhaltens des Gläubigers

Besonders erörtert wird schließlich die Frage, inwieweit eine Kreditierungshandlung des Gläubigers nach dem Ausscheiden des Gesellschafters dessen Haftung beeinflussen kann. Dabei handelt es sich im wesentlichen um Fälle wie Prolongation einer bereits vor Ausscheiden bestehenden Wechselverbindlichkeit, Änderung der Zahlungsweise, wie z.B. Hinnahme eines Wechsels statt Barzahlung, sowie um den Fall, daß der OHG die Schuld, z.B. ein Kaufpreis, lediglich gestundet wird.
Es ist einhellige Ansicht[2], daß etwa bei der Prolongation eines Wechsels eine Inanspruchnahme des Ausgeschiedenen jedenfalls aus dem neu begebenen Wechsel ausgeschlossen ist. Zur Begründung wird darauf verwiesen, daß bei einer Prolongation nach dem Willen der Parteien die alte Wechselverbindlichkeit fortfallen solle und an deren Stelle der neue Wechsel trete. Mit der Wechselunterschrift entstehe daher eine neue Schuld, für die der Ausgeschiedene schon deshalb nicht hafte, weil sie erst nach seinem Ausscheiden begründet worden sei.

---

1) Das gilt selbstverständlich ebenso bei anderen Schuldverhältnissen. Die Darstellung folgt hier allein der Tatsache, daß die - unzutreffende - Verquickung der Fragen Haftung aus langfristigen Schuldverhältnissen einerseits und Anwendbarkeit insbesondere des § 425 BGB andererseits lediglich in der Auseinandersetzung um den Fall der Depotveruntreuung festzustellen ist.

2) RG JW 1902, 445; RG JW 1913, 324; Baumbach-Duden § 128 Anm. 5 D; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 128 Anm. 17; R. Fischer in Großkomm. z. HGB § 128 Anm. 52; v. Godin BankArch. 1913, 340; Hueck, OHG, § 49 II 4; Koenige-Teichmann-Koehler § 128 Anm. 2; Kornblum S. 175 Fn. 4; Ritter § 128 Anm. 8; Rospatt BankArch. 1930, 305, 310; Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 31; Weipert in RGR-Komm. z. HGB § 128 Anm. 29; Czapski S. 133; Heinemann S. 54 ff; Knackstedt S. 72 f; Tomerius S.86.

Umstritten ist hingegen die Frage, ob die Haftung des Ausgeschiedenen aus dem der Wechselbegebung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis stets andauere oder ob sie nicht hier und ebenso in den übrigen Fällen einer Kreditierung jedenfalls unter besonderen Voraussetzungen entfalle. Die Rechtsprechung[1] hat mehrfach klargestellt, daß jedenfalls bei der Prolongation einer nur erfüllungshalber eingegangenen Wechselverbindlichkeit die Schuld aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis nicht getilgt werde. Darüber hinaus ist gelegentlich darauf hingewiesen worden, allein die Tatsache einer Kreditierung nach dem Ausscheiden, wie sie z.B. auch in der Änderung der Zahlungsweise liege, könne nicht ohne weiteres die Haftung des ehemaligen Gesellschafters berühren[2]. Diese Auffassungen scheinen in der Literatur, wenngleich dort häufig nur auf den Fall der Wechselprolongation Bezug genommen wird, im Grundsatz einhellig gebilligt zu werden. Einige Autoren[3] wollen hiervon jedoch eine bedeutsame Ausnahme gelten lassen. Nach ihrer Ansicht ist dem Ausgeschiedenen dann eine Befreiung von seiner Haftung zuzubilligen, wenn erst durch das Verhalten des Gläubigers die Gefahr der Inanspruchnahme des Ausgeschiedenen geschaffen oder erhöht worden ist.

Grundlegend für diese Auffassung war die bereits erwähnte Untersuchung von LEHMANN zu jener frühen Rechtsprechung, in der eine Enthaftung des Ausgeschiedenen wiederholt mit der Annahme eines schlüssigen Verzichts des Gläubigers begründet worden war. LEHMANN geißelt diese Verzichtsannahmen als eine willkürliche Fiktion und insbesondere für den Fall der Kreditierung als eine "Schablone, die den eigenen Interessen des Ausgeschiedenen nachteilig werden" könne. Denn sie halte den Gläubiger von einer vernünftigen Kreditgewährung ab und nötige ihn zu einem rücksichtslosen Vorgehen, wodurch aber die Haftung des Ausgeschie-

---

1) RG JW 1913, 324; RG Holdheim 1913, 86; RG SeuffArch. 82 Nr. 92; OLG Dresden SeuffArch. 69 Nr. 147.
2) OLG Hamburg ROLG 21, 385; OLG Hamburg Hans GZ 1924, 149; vgl. auch OLG Düsseldorf HRR 1938, 538.
3) Lehmann ZHR 79, 57, 85 ff; Baumbach-Duden § 128 Anm. 5 F; Heinemann S. 56 ff; Knackstedt S. 104 ff; Rospatt BankArch. 1930, 305, 312; Tomerius S. 83 ff; Quincke S. 48 ff.

denen gerade erst praktisch gemacht werden könne[1]. Nach seiner Ansicht ist hier die Lösung über die Grundsätze des gegensätzlichen Verhaltens zu finden. Der Gläubiger müsse bei der Abwicklung eines schwebenden Geschäfts auch das Interesse des Ausgeschiedenen an einer ordnungsmäßigen und rechtzeitigen Abwicklung des Verhältnisses berücksichtigen und sei hierzu auch nach Treu und Glauben verpflichtet. Eine Kreditgewährung gegenüber der fortbestehenden Gesellschaft bedeute aber keineswegs ohne weiteres eine Verletzung der Anforderungen von Treu und Glauben gegenüber dem Ausgeschiedenen. Der Gläubiger habe ein berechtigtes Interesse an der Erhaltung der Zahlungsfähigkeit eines jeden seiner Gesamtschuldner, insbesondere dessen, mit dem er das Geschäft abwickeln muß. Dessen Zahlungsfähigkeit zu erhalten, liege aber nicht minder im Interesse des Ausgeschiedenen; denn umso weniger leicht werde seine Haftung praktisch; umso sicherer sei seine etwaige Regreßforderung. Daraus folge, daß eine vernünftige Kreditgewährung im konkreten Falle gleichzeitig die Interessen aller Beteiligten wahren könne, somit auch vom Interessenstandpunkt des Ausgeschiedenen aus betrachtet nicht zu beanstanden sei und deshalb seiner späteren Inanspruchnahme in keiner Weise entgegenstehe. Anders sei es hingegen, wenn das Risiko seiner Inanspruchnahme durch die Stundung nicht unbeträchtlich erhöht werde. Das sei regelmäßig anzunehmen, wenn der Gläubiger einen ungewöhnlichen Kredit einräume oder Akzepte annehme, deren Laufzeit länger als die im Verkehr übliche sei. In diesen Fällen sei regelmäßig eine unbillige Mißachtung der berechtigten Interessen des Ausgeschiedenen an der ordnungsmäßigen Abwicklung des Geschäfts zu sehen. Doch nötige auch das noch nicht ohne weiteres dazu, die Haftung des Ausgeschiedenen wegfallen zu lassen. Denn immerhin sei auch hier denkbar, daß in Wahrheit seine Lage durch die Kreditgewährung nicht verschlechtert worden sei und daß seine Haftung bei sofortigem

---

1) AaO S. 72 u. 99 ff. Lehmann bezieht diese Äußerungen offenbar auf die oben erwähnte Entscheidung RGZ 31, 45.

energischeren Vorgehen gegen die Gesellschaft erst recht praktisch geworden wäre. Dann sei aber nicht einzusehen, warum seine Inanspruchnahme ausgeschlossen sein soll. Unbillig sei sie nur, wenn seine Lage durch die Kreditierung tatsächlich verschlechtert worden ist, weshalb auch nur hier der Gläubiger nach Treu und Glauben das Recht verwirkt habe, die Haftung des Ausgeschiedenen geltend zu machen.
Die Auffassung LEHMANNs findet eine wesentliche Variante nur bei ROSPATT[1]. Nach seiner Meinung soll die Haftung des Ausgeschiedenen regelmäßig schon entfallen, wenn das vereinbarte Zahlungsziel z.B. durch Akzept weiter hinaus erstreckt wird, weil hierdurch der Ausgeschiedene bei Forthaftung generell dem Risiko einer nach dem ursprünglichen Zahlungstag eintretenden Verschlechterung in der Lage der Gesellschaft unterworfen würde. Dies gelte zumindest immer dann, wenn die Kreditierung sich als ein Akt freier Willensentschließung des Gläubigers darstelle. War hingegen schon am Zahlungstag die Lage so mißlich, daß der Gläubiger befürchten mußte, bei einem Bestehen auf der Zahlung den Zusammenbruch des Unternehmens herbeizuführen, so war die weitere Kreditierung eine für ihn nicht vermeidbare Folge, die deshalb auch seinen Anspruch gegen den Ausgeschiedenen unberührt lassen müsse. Die übrigen Autoren[2] äußern ähnlich wie LEHMANN, der Gläubiger verwirke jedenfalls bei Gewährung ungewöhnlicher Zahlungsfristen oder Stundung unter extremen Umständen das Recht, den Ausgeschiedenen in Anspruch zu nehmen, ohne allerdings in gleicher Schärfe letztlich darauf abzustellen, ob die Lage des Ausgeschiedenen durch die Kreditierung auch tatsächlich verschlechtert worden ist.

Zweifelhaft erscheint bereits der allgemeine Ansatz, bei der Frage nach der Haftung des Ausgeschiedenen in erster Linie wiederum an den Entstehungszeitpunkt der Verbindlichkeit anzuknüpfen. Wenn es etwa im Fall der Wechselprolongation allgemein

---

1) AaO.
2) AaO.

heißt, mit der erneuten Wechselbegebung entstehe eine neue Schuld, weshalb der ehemalige Gesellschafter allenfalls noch aus dem Grundverhältnis verhaftet bleibe, so ist das derselbe bedenkliche Formalismus, wie er schon oben für den Fall der Verlängerung bestehender Vertragsverhältnisse festzustellen war. Wie dort gezeigt, kann es fragwürdige Konsequenzen nach sich ziehen, wenn die Identität des Rechtsverhältnisses im juristisch-konstruktionellen Sinne als das entscheidende Kriterium für die Fortdauer der Haftung angesehen wird. Das läßt sich für die Fälle der Stundung erneut an folgendem Beispiel[1] zeigen: Der Gläubiger will der in Schwierigkeiten befindlichen Gesellschaft Stundung gewähren und es wird vereinbart, daß der Forderungsbetrag der Gesellschaft als Darlehen weiter belassen werden soll. Dazu könnte sich z.B. der äußere Anlaß dadurch ergeben, daß es sich um verschiedene kleinere Posten, vielleicht auch mit verschiedenem Schuldgrund, handelt, die nur zur Vereinfachung in einen einheitlichen Betrag zusammengefaßt werden. Soll nun allein der Entstehungszeitpunkt der Verbindlichkeit für die Haftung des Ausgeschiedenen maßgeblich sein, käme man hier zu einer Haftungsbefreiung, da die echte Umwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehensschuld nach § 607 Abs. 2 BGB die vollständige Tilgung des alten Schuldverhältnisses zur Folge hat, mithin eine neue Schuld entstanden ist[2]. Hätte dagegen in diesem Fall der Gläubiger bloße Stundung gewährt, würde man allgemein von einem Fortbestand der Haftung des Ausgeschiedenen ausgehen. Für eine solche Unterscheidung fehlt aber wiederum jeder berechtigte Anlaß. Für den Ausgeschiedenen kann es jedenfalls bei gleichen Bedingungen ganz gleichgültig sein, ob die Forderung sich z.B. als Kauf- oder Darlehensforderung charakterisiert. Infolgedessen ist auch kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb ihm die Tilgungswirkung einer solchen Schuldumwandlung zugute kommen sollte.

---

1) Beispiel nach Rospatt aaO.
2) Unerheblich ist hierbei, daß im allgemeinen die Absicht einer echten Umwandlung nicht ohne weiteres zu vermuten ist, da für den vorstehenden Fall diese Absicht als zweifelsfrei gegeben vorausgesetzt ist.

Im übrigen verwundert es, daß die bemerkenswerten Ausführungen von LEHMANN so wenig Widerhall gefunden haben; dies umso mehr, als seine Überlegungen eine deutliche Parallele zu dem im heutigen Schrifttum überwiegend vertretenen Enthaftungsgrundsatz aufweisen. Wenn für eine Reihe von Verträgen aus dem Unterlassen der Kündigung seitens des Gläubigers eine Enthaftung des Ausgeschiedenen hergeleitet wird, so beruht das u.a. auf dem Gedanken, daß dessen Lage durch das zukünftige Verhalten von Gesellschaftsgläubiger und verbliebenen Gesellschaftern nicht nachteilig verändert werden dürfe. Insbesondere soll er deshalb dann nicht haften müssen, wenn er an einer auf einer neuen Willensentschließung der Vertragsparteien beruhenden Fortführung des Schuldverhältnisses nicht beteiligt und diese auch nicht zu hindern imstande war. Im konkreten Falle heißt das, daß er z.B. nicht für solche Mietzinsen einzustehen hat, deren Fälligwerden erst durch die Fortführung des Mietvertrages veranlaßt worden sind. Ein durchaus ähnlicher Gedanke ist es aber, wenn LEHMANN meint, der Ausgeschiedene müsse sich gegen eine Inanspruchnahme jedenfalls dann wehren können, wenn die Kreditgewährung infolge einer nachträglichen Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen der Gesellschaft seine Haftung erst hat praktisch werden lassen. Dieser Fall unterscheidet sich zwar deutlich, weil es hier anders als bei den später anfallenden Mietzinsen nicht um Verbindlichkeiten geht, die auf der Ausdehnung der Vertragszeit beruhen. Vielmehr handelt es sich um Verpflichtungen, die ungeachtet ihrer zeitlichen Aussetzung ihren Grund schon in dem Bestehen des Rechtsverhältnisses im Zeitpunkt des Ausscheidens haben. Die tatsächlichen Konsequenzen können indes durchaus vergleichbar sein. Man stelle sich vor, die Gesellschaft hatte zur Zeit des Ausscheidens eine Verbindlichkeit zu erfüllen; sie war zu dieser Leistung tatsächlich auch imstande; ferner ist dieses Passivum in der Auseinandersetzung mit dem Ausgeschiedenen entsprechend berücksichtigt worden. Aus Gründen einer zweckmäßigen Finanzierung bittet nun die Gesellschaft den Gläubiger um Stundung. Führt dann ein anschließender Vermögensverfall der Gesellschaft dazu, daß der Gläubiger Befriedigung nur durch die Inanspruchnahme des Ausgeschiedenen erlangen kann, müßte sich dieser auch hier erfolgreich wehren können. Mit Recht würde er sich näm-

lich darauf berufen können, diese Haftung sei ebenso allein durch eine ohne seinen Willen erfolgte Vertragsausdehnung veranlaßt und treffe ihn wegen des bereits vorgenommenen Abzugs ebenso "zusätzlich", wie dies z.B. bei einer Haftung für nach dem Ausscheiden erwachsende Mietzinsen der Fall sein würde. In der Tat dürfte jedenfalls für den genannten Beispielsfall der wohl h.L. mangelnde Folgerichtigkeit vorzuwerfen und im Ergebnis der Ansicht von LEHMANN und anderen zuzustimmen sein. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb die mit der Kreditgewährung verbundenen Risiken letztlich demjenigen anzulasten sein sollen, der hieran gänzlich unbeteiligt gewesen ist.

Daß diese Lösung allerdings aus den Grundsätzen über das widersprüchliche Verhalten hergeleitet und gegebenenfalls anders zu entscheiden sein soll, erscheint bedenklich. Wenn LEHMANN meint, eine Stundung könne der Inanspruchnahme des Ausgeschiedenen nicht generell entgegenstehen, weil sie dem Gläubiger ein sofortiges energisches Vorgehen gegen die Gesellschaft erlasse und wohlmöglich die Lage der Gesellschaft und damit auch die des Ausgeschiedenen verbessere, so scheint das auf den ersten Blick zu durchaus sinnvollen Ergebnissen zu führen. Das wird noch deutlicher, überträgt man, wie in dem erwähnten Fall BGH NJW 1974, 100 immerhin erwogen, diesen Gedanken auf die der Stundung jedenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht verwandten Kreditverträge. Auch hier könnte es z.B. bei einem kündbaren Darlehen im Interesse einer flexiblen Gestaltung der Verhältnisse zweckmäßig erscheinen, es grundsätzlich in das Belieben des Gläubigers zu stellen, ob er der Gesellschaft zur Erhaltung ihrer Zahlungsfähigkeit weiteren Kredit gewähren will; jedoch müßte dem Ausgeschiedenen im Sinne LEHMANNs dann der Schutz des Arglisteinwandes zuzubilligen sein, wenn die weitere Kreditgewährung das Risiko seiner Inanspruchnahme gesteigert oder gar erst praktisch gemacht hat. Tatsächlich dürfte sich jedoch eine solche Lösung kaum bewähren. Schon KOSPATT[1] hat zu Recht das Bedenken einer gravierenden Unsicherheit erhoben und darauf verwiesen, daß es vielfach den Schwankungen der subjektiven Auffassung unterliegt, was Treu und Glauben im einzelnen gebieten. Dieser Vorhalt erhält beson-

1) BankArch. 1930, 305, 311.

deres Gewicht, bedenkt man, daß bei Anerkennung solcher Grundsätze diese keineswegs auf die Fälle der Stundung bzw. Kreditverträge beschränkt bleiben könnten. Vielmehr wäre, wie LEHMANN es selbst schon andeutet, ihre Prüfung bei einer Vielzahl anderer Vorgänge, die ein bereits vor dem Ausscheiden abgeschlossenes längerfristiges Schuldverhältnis betreffen, ebenso geboten.

Zweifelhaft erscheint überdies die Behauptung, der Gläubiger dürfe zu einem rücksichtslosen Vorgehen schon deshalb nicht gezwungen sein, weil eine vernünftige Kreditgewährung die Zahlungsfähigkeit des Unternehmens erhalte und dies nicht nur ihm, dem Gläubiger, nützlich sei, sondern gerade auch im Interesse des Ausgeschiedenen liege. Zwar kann eine Kreditgewährung für diesen unbestreitbar günstig sein, nämlich z.B. dann, wenn sie zu einer Sanierung der Gesellschaft geführt hat und der Ausgeschiedene, der zuvor mit einer sicheren Inanspruchnahme hatte rechnen müssen, später überhaupt nicht mehr herangezogen wird. Bedenklich sind jedoch bereits die Konsequenzen, wenn eine so positive Entwicklung in den Verhältnissen der Gesellschaft ausbleibt. Denn hier stehen dem Vorteil einer etwa verbesserten Lage deutliche Nachteile gegenüber. Der Ausgeschiedene bleibt nämlich über die mögliche Haftung eine Zeitlang im Ungewissen; ferner verliert er wegen der längeren Trennung von dem Unternehmen den Überblick über dessen Vermögensverhältnisse und kann deshalb nach einer Inanspruchnahme seine etwaigen Regreßforderungen nur unter erschwerten Voraussetzungen realisieren. Bedrohlich wird aber seine Situation, wenn sich die Vermögenslage der Gesellschaft nach der Kreditgewährung weiter verschlechtert. Will der Ausgeschiedene hier bei seiner Inanspruchnahme dem Gläubiger den Arglisteinwand entgegenhalten, so obliegt ihm der Beweis. Dieser mag noch ohne weiteres gelingen, wenn eindeutig feststellbar ist, daß die Gesellschaft vor der Kreditierung zur vollen Bezahlung imstande war. Anders ist es aber, wenn der Gesellschafter etwa mit dem zutreffenden Kalkül ausgeschieden ist, schlimmstenfalls noch für 30 % der Forderung einstehen zu müssen, später aber für 80 % in Anspruch genommen werden soll. Wenngleich LEHMANN insoweit nicht variiert, kann es in seinem Sinne nicht genügen, daß der Ausgeschiedene allein die Ver-

schlechterung der Vermögenslage nachweist, um von jeder Haftung frei zu sein. Folgerichtig kann nur sein, daß dem Ausgeschiedenen nur die tatsächliche Verschlechterung von 50 % nicht angelastet werden soll. Das bedeutet aber, der Ausgeschiedene hätte im Prozeß mit dem Gläubiger den Beweis zu erbringen, daß jener bei sofortigem Vorgehen gegen die Gesellschaft 70 % seiner Forderung hätte decken können oder daß er, der Ausgeschiedene, bei voller Inanspruchnahme durch den Gläubiger Regreßforderungen gegen die verbliebenen Gesellschafter in entsprechender Höhe hätte durchsetzen können. Es liegt auf der Hand, daß ein solcher Beweis selten vollständig gelingen kann. Ein Beispiel gibt dafür die schon erwähnte Entscheidung des BGH[1)] zur Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters aus einem fortgeführten Kontokorrentkredit. Wie dargestellt, hatte dort der Ausgeschiedene eben diesen Einwand der nachträglichen Verschlechterung der Verhältnisse erhoben und war dabei, soweit aus den Urteilsgründen ersichtlich, gerade auch an solchen Beweisschwierigkeiten gescheitert.

Angesichts solcher Konsequenzen muß aber bezweifelt werden, daß eine spätere Kreditgewährung grundsätzlich auch im Interesse des Ausgeschiedenen liegt. Näherliegend, und zwar gerade in dem von LEHMANN hervorgehobenen Fall einer prekären Vermögenslage der OHG, erscheint vielmehr die Annahme, daß der Gesellschafter im Regelfall schon allein durch sein Ausscheiden hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt, daß er ohne Rücksicht auf seine mögliche Inanspruchnahme an einer weiteren Kreditierung kein Interesse hat und auch gar nicht gewillt ist, die hiermit verbundenen Risiken auf sich zu nehmen. So geben gerade die zu Recht differenzierten Überlegungen von LEHMANN Anlaß zu der Frage, ob nicht entgegen den in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Auffassungen eine nach dem Ausscheiden erfolgende Kreditgewährung stets den Verlust dieses Gesellschafters als Schuldner zur Folge haben muß, damit etwaige Sanierungsversuche von Gläubiger und Gesellschaft auf Kosten des hieran unbeteiligten Ausgeschiedenen generell ausgeschlossen sind.

---

1) S. oben S. 69 f.

Zweiter Abschnitt

Eigene Lösung

I. Auslegung der Haftungsbestimmungen §§ 128, 159 HGB

Bei der Diskussion um die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters aus längerfristigen Schuldverhältnissen besteht im Ansatz in zweierlei Hinsicht weitgehende Einigkeit. Es ist zunächst unbestrittener Ausgangspunkt, daß hier wie auch bei anderen Verbindlichkeiten die Haftung des Ausgeschiedenen entscheidend von dem Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses abhängig sei. Auf welcher Vorstellung das beruht, wird zwar nur gelegentlich näher ausgeführt, dürfte aber außer Zweifel stehen: Zugrundegelegt ist die Annahme, daß bei einem längerfristigen Schuldverhältnis der Vertragsschluß die Entstehungsgrundlage für sämtliche aus dem Schuldverhältnis fließende Teilverbindlichkeiten darstellt[1]. Das bedeutet also, wie z.B. das RG[2] ausgeführt hat, daß bei einem langfristigen Mietvertrag die Pflicht zur Mietzinszahlung bereits mit Vertragsschluß in vollem Umfang der Vertragszeit begründet wird unabhängig davon, daß Zeitablauf und Gebrauchsgewährung durch den Vermieter hinzutreten müssen, um die einzelnen Mietzinsbeträge fällig werden zu lassen. Das bedeutet ferner für einen langfristigen Liefervertrag, daß mit Vertragsschluß sämtliche Liefer- wie Abnahmeverpflichtungen entstehen ohne Rücksicht auf die im Vertrag bestimmten Fälligkeitszeitpunkte[3].
Kaum bestritten ist der weitere Ausgangspunkt, daß aus den Bestimmungen §§ 128, 159 HGB grundsätzlich eine Forthaftung des Ausgeschiedenen auch für die Verpflichtungen aus längerdauernden Schuldverhältnissen herzuleiten sei[4]. Da die Regelung

---

1) So ausdrücklich z.B.: RG LeipzZ. 1912, 549; RGZ 86, 60; 140, 10; Hadding ZGR 1973, 137, 151; Knackstedt S. 112 f.
2) RGZ 140, 10.
3) RG LeipzZ. 1912, 549.
4) Einschränkend nur diejenigen, die eine entsprechende Anwendung des § 159 Abs. 1 HGB befürworten; vgl. oben S. 27 ff u. 32 ff.

§ 159 Abs. 3 HGB klarstellt, daß die spätere Fälligkeit eines Anspruchs auf die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters keinen Einfluß hat, sondern lediglich den Beginn der Verjährungsfrist hinausschiebt, wird allgemein gefolgert, daß auch das spätere Fälligwerden von Einzelverpflichtungen im Rahmen eines längerfristigen Schuldverhältnisses grundsätzlich unbeachtlich sei, mithin von dieser Vorschrift eine andauernde Haftung des Ausgeschiedenen auch für solche Verbindlichkeiten vorausgesetzt und bestätigt werde.

Der dogmatische Ansatz ist nicht frei von Zweifeln[1], die Auslegung der Bestimmung § 159 HGB dürfte tatsächlich unzutreffend sein. Richtig ist, daß diese Bestimmung als Verjährungsregelung für Ansprüche gegen einen ehemaligen Gesellschafter grundsätzlich bestätigt, daß die persönliche Haftung durch das Ausscheiden nicht ohne weiteres wegfällt, sondern ungeachtet der Trennung von dem Unternehmen fortbesteht. Unrichtig erscheint dagegen die Annahme, es könne insbesondere der Regelung § 159 Abs. 3 HGB positiv entnommen werden, daß auch bei langfristig abgeschlossenen Schuldverhältnissen generell von einer fortbestehenden Haftung des Gesellschafters auszugehen sei. Wie die Entstehungsgeschichte des § 159 HGB sowie eine Betrachtung dieser Norm vor dem Hintergrund der gesetzlichen Gesamtregelung zur OHG zeigen wird, ist ihre Auslegung in ganz anderer Weise vorzunehmen. Tatsächlich handelt es sich bei § 159 Abs. 3 HGB keineswegs um eine Bestimmung, die den Umfang der Gesellschafterhaftung besonders begründen bzw. zu entsprechenden Folgerungen Anlaß geben will. Die Bedeutung dieser Norm ist vielmehr zu reduzieren auf das Maß einer allein den Beginn der Verjährungsfrist betreffenden Ergänzung zu der Regelung in § 159 Abs. 1 und 2 für den Fall des späteren Fälligwerdens eines Anspruchs. Diese gilt für Einzelverbindlichkeiten aus längerfristigen Schuldverhältnissen in gleicher Weise wie für andere Verbindlichkeiten, sofern nur eine Haftung des Ausgeschiedenen für diese Teilverbindlichkeiten an sich besteht.

---

1) Dazu noch unten S. 135 ff.

Das ist indessen eine Frage, die der Bestimmung § 159 Abs. 3 HGB vorgelagert und gänzlich unabhängig von ihr zu beantworten ist. Anzuknüpfen ist stattdessen an die die fortbestehende Haftung eigentlich bestätigende Vorschrift § 159 Abs. 1 HGB, die unter Beobachtung aller die Gesellschafterhaftung sowie das Ausscheiden von Gesellschaftern betreffenden Gesetzesbestimmungen auszulegen ist.

1. Entstehungsgeschichte des § 159 HGB

Es sei vorab gesagt, daß die Entstehungsgeschichte des § 159 HGB eine klare Antwort auf die hier interessierende Problematik nicht enthält. Ihr nachzugehen ist dennoch lohnenswert, weil die dort zum Ausdruck kommenden Normvorstellungen der Gesetzesverfasser das Schweigen auf diese Frage beredt erscheinen lassen und zugleich Zusammenhänge sichtbar werden, die offenbar in Vergessenheit geraten sind. Zurückzugreifen ist hierbei auf die Materialien zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) sowie auf die wesentlichen ihm zugrundeliegenden Kodifikationen und Entwürfe. Notwendig ist dies deshalb, weil das HGB lediglich eine zwecks Abstimmung mit dem seinerzeit neugeschaffenen BGB gekürzte und in einigen Punkten überarbeitete Neufassung des ADHGB darstellt[1] und in den Materialien zum HGB auch hinsichtlich der hier interessierenden Verjährungsbestimmung mit dem Bemerken zurückverwiesen wird, die Regelung sei im wesentlichen sachlich unverändert geblieben[2].

---

1) Vgl. die entsprechenden Hinweise in der Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches, 1896, S. 1 f.
2) Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches, 1896, S. 109; Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches 1897, S. 117.

Die Bestimmung § 159 HGB hat bereits ihre Entsprechung in dem Entwurf eines allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland von 1849[1]. Dieser Entwurf basierte im wesentlichen auf dem Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten, auf den in mehreren Einzelstaaten - insbesondere Württemberg - bereits ausgearbeiteten Entwürfen eines Handelsrechts sowie auf dem französischen code de commerce von 1807.
Von Interesse sind hier Art. 52 und Art. 111 des Entwurfs. In Art. 52 heißt es:

> Die Gläubiger der Gesellschaft, welche von deren Auflösung besonders in Kenntnis gesetzt worden sind, können nach Ablauf eines Jahres von dieser Bekanntmachung an gerechnet, die ehemaligen Mitglieder der Gesellschaft nicht mehr solidarisch, sondern nur jedes für seinen Antheil in Anspruch nehmen.
>
> Wird die Forderung erst nach jener Bekanntmachung fällig, so läuft die Frist von dem Verfalltage an.

In Art. 111 heißt es:

> Alle Klagen Dritter gegen Gesellschaften, deren Witwen, Erben oder andere Rechtsnachfolger sind fünf Jahre nach der förmlichen Auflösung der Gesellschaft verjährt.
>
> Wird die Forderung erst nach der Auflösung klagbar, so beginnt die Verjährung erst mit diesem Zeitpunkte.

Die zitierten Vorschriften betreffen ihrem Wortlaut nach nicht die Haftung nach Ausscheiden eines Gesellschafters. Sie sind dennoch für die hier anstehende Frage von unmittelbarer Bedeutung. Der Entwurf ging nämlich davon aus, daß das Ausscheiden eines Gesellschafters stets die Auflösung der Gesellschaft zur Folge habe, vgl. Art. 45 des Entwurfs, und im Falle der Fortsetzung des Unternehmens durch die übrigen Gesellschafter eine neue Gesell-

---

1) Bei diesem Entwurf handelte es sich um einen Versuch der provisorischen Reichsregierung des Jahres 1848 zur Vereinheitlichung des gesamten Handels- und Seerechts. Die von dem damaligen Reichsjustizminister v. Mohl nach Frankfurt einberufene Kommission veröffentlichte einen Teil ihres Entwurfes, doch scheiterte das Unternehmen an dem damaligen Nichtzustandekommen einer Reichsgewalt.

schaft entstünde[1]. Die Vorschriften sollten danach gleichermaßen für den Fall der gänzlichen Auflösung der Gesellschaft wie für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters gelten.

Der Entwurf stellte sich damit in einen interessanten Gegensatz zu einem Teil der früheren Kodifikationen. So enthielten z.B. das Allgemeine Landrecht[2] und der württembergische Entwurf eines Handelsgesetzbuches von 1840[3] unterschiedliche Bestimmungen, je nachdem ob es sich um die gänzliche Auflösung der Gesellschaft oder nur um eine partielle Auflösung = Ausscheiden eines Gesellschafters handelte. Während im ersten Fall die ehemaligen Gesellschafter während eines Jahres seit der Bekanntmachung der Auflösung solidarisch und später die ganze Verjährungszeit hindurch noch für ihre Anteile verhaftet blieben, sollte ein ausgeschiedener Gesellschafter denjenigen Gläubigern, welchen er seinen Austritt bekannt gemacht hatte, nur ein Jahr lang haften. Der Entwurf mußte von dieser Unterscheidung konsequenterweise abgehen. Denn wenn der Austritt eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hatte und die Fortführung des Unternehmens durch die übrigen Gesellschafter eine neue Gesellschaft darstellte, konnte in diesem Fall keine andere Verjährungsfrist gelten als bei der Auflösung der Gesellschaft aus anderen Gründen.
Den beiden Artikeln ist in ihren ersten Absätzen unschwer eine übereinstimmende Tendenz zu entnehmen. Beide Vorschriften sind offenkundig von dem Gedanken getragen, dem ehemaligen Gesellschafter die Lösung von dem Unternehmen durch die Begrenzung der Haftung auf einen überschaubaren Zeitraum zu erleichtern. In den Motiven kommt diese Absicht der Gesetzesverfasser noch deutlicher zum Ausdruck. So heißt es in den Motiven zu Art. 52[4], dessen Fassung sei "durch die Erwägung gerechtfertigt, daß die

---

1) Vgl. dazu auch Entwurf, Motive zu Art. 52 S. 122.
2) Teil I Tit. 17 §§ 307-310; Teil II Tit. 8 §§ 672-676, 682, 683.
3) Art. 222, 223, 282.
4) Entwurf S. 122.

definitive Auseinandersetzung den Mitgliedern einer gewesenen Gesellschaft möglichst erleichtert werden muß. Damit der Nachtheil den Gläubiger treffe, ist die durch das Handelsregister und die Zeitung erfolgende Bekanntmachung nicht ausreichend, sondern er muß besonders in Kenntnis gesetzt worden sein". In den Motiven zu Art. 111, 112[1] heißt es: "Eine kürzere Verjährungsfrist, wie die gewöhnliche dreißigjährige, erscheint bei Forderungen gegen Gesellschafter insbesondere auch deshalb nothwendig, weil ohne sie die definitive Regulirung der Verhältnisse der Gesellschaft unter sich für eine so lange Zeit unmöglich sein würde".
Die genannten Artikel bestimmen jedoch jeweils in Abs. 2 ähnlich wie § 159 Abs. 3 HGB, daß im Fall der späteren Fälligkeit (in Art. 111 - Klagbarkeit) auch die Verjährungsfrist erst mit jenem Zeitpunkt beginne. Damit scheint die gleiche Problematik wie bei § 159 Abs. 3 HGB bestanden zu haben. Auch hier müßte bei längerfristigen Verträgen die spätere Fälligkeit einzelner Leistungen die beabsichtigte Haftungsbegrenzung weitgehend außer Kraft gesetzt haben. Die Motive schweigen zu dieser Frage. Sie enthalten weder einen Hinweis auf eine derart bedeutungsvolle Einschränkung, noch lassen sie erkennen, ob die Gesetzesverfasser in diesem Zusammenhang überhaupt an längerfristige Verträge gedacht haben.

Die besonderen Bestimmungen über die Verjährung der Ansprüche gegen den ehemaligen Gesellschafter kehren einigermaßen verändert im ADHGB wieder, das durch Bundesgesetz vom 5.6.1869[2] Gesetz des norddeutschen Bundes und durch Reichsgesetz vom 16.4. 1871[3] Gesetz für das deutsche Reich wurde[4]. Dem ADHGB waren

---

1) Entwurf S. 148.
2) BGBl S. 379.
3) RGBl S. 63.
4) Mit Ausnahme allerdings von Bayern, wo das ADHGB durch Gesetz vom 22.4.1871 (RGBl S. 87) eingeführt wurde.

ausführliche Beratungen vorausgegangen. Bereits im Januar 1857 war eine von den meisten Bundesstaaten beschickte Kommission zusammengetreten, die ihren Beratungen einen preußischen Entwurf[1] zugrunde legte, einen österreichischen aber mitberücksichtigte[2]. Im Verlauf der Beratungen, über deren Gang Protokolle geführt wurden, entstanden drei Entwürfe[3], deren letzter der Bundesversammlung überreicht und von ihr durch Beschluß vom 31.5.1861 den einzelnen Regierungen zur Einführung empfohlen wurde.

Die hier interessierende Bestimmung Art. 146 lautete:

§ 1 Die Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft verjähren in fünf Jahren nach Auflösung der Gesellschaft oder nach seinem Ausscheiden oder seiner Ausschließung aus derselben, sofern nicht nach Beschaffenheit der Forderung eine kürzere Verjährung gesetzlich eintritt.

§ 2 Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden oder die Ausschließung des Gesellschafters aus derselben in das Handelsregister eingetragen ist.

§ 3 Wird die Forderung erst nach der Eintragung fällig, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkt der Fälligkeit.

Bei einer ersten Betrachtung der Bestimmung fällt auf, daß im Gegensatz etwa zu dem Entwurf von 1849, dem Allgemeinen Landrecht sowie dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches für Württemberg auf eine Einschränkung der Haftung dem Umfang nach verzichtet worden ist. Es scheint daher, als hätten die Gesetzesverfasser den ehemaligen Gesellschafter nunmehr einer verschärften Haftung unterwerfen wollen. Dieser Schluß ist indes nur bedingt richtig. Zwar sollte der ehemalige Gesellschafter nicht mehr den Vorzug einer anteiligen Haftung genießen; denn, so

---

1) Abgedr. bei Lutz, Protokolle, Beilagenband 1858, S. 1 ff.
2) Abgedr. bei Lutz, Protokolle, Beilagenband 1858, S. 69 ff.
3) Entwurf I und II abgedr. bei Lutz, Protokolle, Beilagenband 1858, S. 141 ff u. S. 207 ff; Entwurf III abgedr. bei Lutz, Protokolle, Beilagenband 1861, S. 1 ff.

heißt es bereits in den Motiven zum preußischen Entwurf[1], es würde "dem Bedürfniß nur unvollkommen genügt, wenn blos die solidarische Verpflichtung erlischt, die antheilige Verhaftung dagegen bestehen bleibt, abgesehen davon, daß nach der Natur der offenen Handelsgesellschaft von einer antheiligen Haft der einzelnen Gesellschafter nur im Verhältnisse der Gesellschaftsmitglieder zueinander, nicht aber nach außen im Verhältniß zu den Gesellschaftsgläubigern die Rede sein kann". Im übrigen wird aber die bisherige Grundtendenz, den ehemaligen Gesellschafter nach Ablauf einer bestimmten Frist von der Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft freizustellen, beibehalten und verstärkt hervorgehoben. So heißt es etwa in den Motiven zum preußischen Entwurf[2]: "Bei der solidarischen Verhaftung aller offenen Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden ist das Bedürfniß unverkennbar, die Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen die einzelnen Mitglieder einer aufgelösten Gesellschaft einer kürzeren, als der gewöhnlichen Verjährung zu unterwerfen. Das gleiche Bedürfniß ist auch im Falle der partiellen Auflösung der Gesellschaft bezüglich der ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Gesellschafter vorhanden". Und ferner[3]: "Diese Erwägungen haben zu der Annahme der fünfjährigen Verjährungsfrist des französischen Rechts (Handelsgesetzbuch Art. 64) geführt, welche einestheils geräumig genug erscheint, um die Interessen der Gesellschaftsgläubiger nicht zu gefährden, anderentheils dem Bedürfnis genügt, die Dauer der Verhaftung der einzelnen Gesellschafter angemessen abzukürzen".

Noch deutlicher werden die Ausführungen in den Protokollen, die von umfangreichen Diskussionen zu dem späteren Art. 146 ADHGB berichten. Bei der Frage, ob es überhaupt angemessen sei, zugunsten des ehemaligen Gesellschafters kürzere Verjährungsfristen einzuführen, wird u.a. festgestellt, der einzige Grund für die besonderen Bestimmungen über die Verjährung der Forderungen gegen eine Gesellschaft sei die solidarische Haftung der Gesellschafter. "Man wolle diesen eine Frist setzen, nach deren Ablauf sie von aller Haftung aus den Geschäften ihrer Mitgesell-

---

1) Preußischer Entwurf, Motive, S. 75.
2) Preußischer Entwurf, Motive, S. 74.
3) Preußischer Entwurf, Motive, S. 75.

schafter frei seien"[1]. Ferner heißt es in derselben Diskussion: "Dazu komme noch, daß auch für den Handelsstand und vorzüglich für die Gesellschafter ein dringendes Bedürfniß nach Abkürzung der Verjährungsfristen bestehe. Der Gesellschafter müsse einmal eine Zeit kennen, nach deren Ablauf er sich von allen bekannten und unbekannten Forderungen aus den Geschäften seiner Mitgesellschafter frei wissen könne. Insbesondere sei dies alsdann zur Beruhigung des Kaufmannes nothwendig, wenn etwa einer der Gesellschafter unredlich verfahren sei ..."[2].
Bei einer weiteren Diskussion, deren Anlaß der Vorschlag war, die Wirkungen der Verjährung in Anlehnung an § 99 des revidierten österreichischen Entwurfs auf die solidarische Haftung der Gesellschafter einzuschränken, wird hervorgehoben: "Der Zweck, daß ein Gesellschafter einen Zeitpunkt kennen solle, von welchem an er frei sei von allen Schulden aus dem Gesellschaftsbetriebe, werde durch eine Verjährung mit eingeschränkter Wirkung nicht erreicht, denn es bleibe dann immer noch eine theilweise Haftung für die Gesellschaftsschulden übrig, es trete keine durchgreifende Sicherheit der Gesellschafter, sondern nur eine Verminderung der bestehenden Haftung ein"[3].

Insbesondere diese letzten Auszüge vermitteln deutlicher als der Entwurf von 1849 ein Bild von den Vorstellungen, die die Gesetzesverfasser mit der in Art. 146 ADHGB Gesetz gewordenen besonderen Verjährungsregelung verbanden. Es war erklärte Absicht, jedenfalls im Regelfall den ehemaligen Gesellschafter nach Ablauf der bestimmten Frist vollständig und endgültig von der Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu befreien. Es bleibt die Frage, ob diese Absicht ebenso den hier interessierenden langfristigen Verträgen galt oder aber vielmehr Art. 146 § 3 ADHGB insoweit als Sonderregel gedacht war, aus der für den Fall später fällig werdender Einzelverpflichtungen schlechthin auf eine erweiterte Haftung des Ausgeschiedenen zu schließen sein sollte. Die Materialien schweigen zu

---

1) Lutz, Protokolle S. 260.
2) Lutz, Protokolle S. 262.
3) Lutz, Protokolle S. 264.

dieser Frage; doch erscheint dieses Schweigen beredt genug, um eine Antwort in der einen oder anderen Richtung auszuschließen.

Angesichts der in den soeben zitierten Äußerungen deutlich bekundeten Absicht, den ehemaligen Gesellschafter nach Ablauf einer gewissen Frist von der Haftung für die Schulden des Unternehmens endgültig und vollständig freizustellen, liegt am nächsten der Schluß, die Gesetzesverfasser hätten schlechthin, also auch bei langfristigen Verträgen, eine Haftungsbefreiung des Ausgeschiedenen angestrebt. Tatsächlich gibt es ein Indiz, daß in diesem Zusammenhang auch an längerfristige Verträge gedacht war. Bei der Diskussion über die allgemeine Rechtfertigung dieser Verjährungsregelung heißt es u.a.: "Dabei könne man nicht sagen, wie gleichfalls geltend gemacht worden war, daß dann, wenn schon bei den einzelnen Handelsgeschäften kürzere Verjährungsfristen angeordnet seien, die Wiederholung derselben für gewisse Personen (Gesellschafter) kein praktisches Bedürfniß sei, denn es bleiben immerhin für solche besonderen Personen noch Geschäfte übrig, deren das Handelsgesetzbuch keine Erwähnung thue (z.B. Darlehen), und auf welche die besonderen persönlichen Vorschriften Anwendung zu finden hätten"[1]. Die Beiläufigkeit, mit der hier ein typischer längerfristiger Vertrag, das Darlehen, erwähnt wird, sowie die Tatsache, daß diese Äußerung nicht etwa im Rahmen des Art. 140 des preußischen Entwurfs (= Art. 146 § 3 ADHGB = § 159 Abs. 3 HGB), sondern bei Behandlung des Art. 139 des preußischen Entwurfs (= Art. 146 § 1 ADHGB = § 159 Abs. 1 HGB) getan wird, könnte sogar den Schluß nahelegen, daß es aus der Sicht der Kommission nur selbstverständlich war, daß generell auch solche Verträge in die zu regelnde Haftungsbegrenzung einbezogen werden sollten. Eine solche Folgerung würde jedoch deshalb nicht überzeugen, weil es zugleich zu beachten gilt, daß die Gesetzesverfasser im Grundsatz offenbar nur den "Normalfall" der bei Ausscheiden des Gesellschafters entstandenen und klagbaren Forderung im Auge hatten. Besonders deutlich erweist dies folgende Bemerkung: "Durch die fraglichen Vorschriften, welche dem Handel außerordent-

---

1 Lutz, Protokolle S. 265.

lich zu Statten kommen würden, werde aber auch Niemand gefährdet. Die Wirkungen des VI. Titels würden sich ohnehin vorzugsweise auf den Verkehr unter den Kaufleuten erstrecken. Bei diesen sei aber schon ein Kredit auf fünf Jähre ganz ungewöhnlich; wenn nun ein Kredit, der noch weitergehe, durch das Gesetz gänzlich abgeschnitten werde, so werde das ganz den Verhältnissen entsprechend sein, und auch der Dritte werde nicht beschädiget, da ihm ja eine frühere Klagestellung freistehe und Jedermann, der Geschäfte machen wolle, auch die Gesetze kennen müsse"[1].

Aus dem Schweigen der Gesetzesverfasser den gegenteiligen Schluß zu ziehen, diese hätten eine haftungserweiternde Wirkung des Art. 146 § 3 ADHGB bei langfristigen Verträgen als selbstverständlich angesehen und deshalb nicht weiter für erwähnenswert gehalten, erscheint indes noch weniger gerechtfertigt. Denn eine in dieser Weise ermöglichte Dauerinanspruchnahme des Ausgeschiedenen stünde offenkundig in krassem Widerspruch zu jenen Motiven, die zuvor zur Begründung dieser Verjährungsregelung angeführt worden sind. Bei langfristigen Verträgen hätte alsdann regelmäßig das Gegenteil dessen eintreten müssen, was zunächst unmißverständlich zum Ziel der Verjährungsbestimmung erklärt worden ist. Der ehemalige Gesellschafter hätte z.B. bei auf unbestimmte Zeit fortgesetzten Verträgen gerade keinen absehbaren Zeitpunkt gekannt, wo er "von aller Haftung für die Schulden aus dem Gesellschaftsbetriebe frei" würde. Er wäre u.U. für lange Zeit "immer noch theilweise" verhaftet geblieben und ebenso lange hätte es ihm an einer "durchgreifenden Sicherheit" sowie an der "nothwendigen Beruhigung des Kaufmanns" gefehlt, daß keiner der ehemaligen Mitgesellschafter unredlich verfahren sei. Dieser Gegensatz ist aber durch das Schweigen der Cesetzesverfasser nicht als erklärt anzusehen. Mögen jene Äußerungen auch in erster Linie dem der Bestimmung Art. 146 § 1 ADHGB zugrundeliegenden "Normalfall" der vor Ausscheiden entstandenen und klagbaren Forderung gegolten haben, klargestellt ist dies angesichts der beispielhaften Erwähnung gerade des Darlehens keineswegs. Zumindest wäre deshalb bei

---

1) Lutz, Protokolle S. 262.

der speziellen Behandlung des Art. 146 § 3 ADHGB zu erwarten gewesen, daß die Gesetzesverfasser, hätten sie der im Grundsatz beabsichtigten Haftungsbegrenzung eine Einschränkung von so erheblicher Tragweite entgegensetzen wollen, dies wenigstens andeutungsweise zum Ausdruck brachten. Wenn dort stattdessen allein ein Fall von vergleichsweise geringer Bedeutung, nämlich die Berechnung der Verjährungsfrist bei einer bereits vor dem Ausscheiden fällig gewordenen Forderung, angesprochen wird[1], so läßt das nur den Schluß zu, daß derartige Auswirkungen der Bestimmung Art. 146 § 3 ADHGB auf die Haftung aus langfristigen Schuldverhältnissen nicht bedacht, geschweige denn beabsichtigt worden sind.

Ausgehend von diesem Vorstellungsmangel der Gesetzesverfasser kann aber von ihrem Standpunkt her betrachtet der Bestimmung Art. 146 § 3 ADHGB keinerlei eigenständige Bedeutung beizumessen sein. Insbesondere kann sie danach nicht auf eine erweiterte Haftung des Ausgeschiedenen bei langfristigen Schuldverhältnissen gerichtet gewesen sein. Die Vorstellungen der Gesetzesverfasser dürften vielmehr dahin zu konkretisieren sein, daß diese Bestimmung lediglich als eine den Beginn der Verjährungsfrist betreffende notwendige Ergänzung für den praktisch häufigen Fall gedacht war, daß e i n e von der Gesellschaft zu erbringende Leistung etwa durch Terminbestimmung, Stundung, u.ä. erst nach dem Ausscheiden des Gesellschafters fällig würde. Der Stellenwert dieser Norm dürfte mithin deutlich geringer veranschlagt gewesen sein, als es später von Rechtsprechung und Schrifttum praktisch einhellig angenommen worden ist. Allein das Reichsoberhandelsgericht hat insoweit eine bemerkenswerte Ausnahme gemacht[2]. Aus eben denselben Überlegungen dürfte dieses sich nämlich zu Recht noch zu der denkwürdigen Feststellung veranlaßt gesehen haben, es seien die "von den durch eine einmalige Leistung consumirten obligatorischen Verpflichtungen diejenigen zu unterscheiden, welche ... ein durch längere Zeit fortgesetztes Leisten zum Gegenstand haben, und es ist aus Art. 146 nicht zu folgern, daß die ausgeschiedenen Gesellschaf-

---

1) Lutz, Protokolle S. 268.
2) Zu der Entscheidung im einzelnen s. oben S. 36 f.

ter auch für Handlungen und Unterlassungen, welche in die Zeit n a c h dem Ausscheiden fallen, unbedingt verantwortlich wären"[1].

Und ein weiteres fällt an dieser Entstehungsgeschichte ins Auge, nämlich die Tatsache, daß entgegen der heutigen Betrachtungsweise die Tatbestände der Auflösung der Gesellschaft wie des Ausscheidens von Gesellschaftern wiederholt in engstem, bis hin zur Identität reichenden, Zusammenhang gesehen worden sind. Hiervon wird im Folgenden noch näher zu sprechen sein.

2. Auslegung des § 159 HGB vor dem Hintergrund der gesetzlichen Gesamtregelung zur OHG

Die Tatsache, daß die Gesetzesverfasser die mögliche weite Auslegung der Bestimmung § 159 HGB bei langfristigen Schuldverhältnissen nicht bedacht haben, erweist allein noch nicht deren Unrichtigkeit. Es bleibt vielmehr die Frage, inwieweit eine solche Auslegung mit der erkennbaren Zwecksetzung des Gesetzes in Einklang steht. Wie zu zeigen ist, fordert aber auch der Gesetzessinn eine einschränkende Auslegung, bei der allein an die Bestimmung § 159 Abs. 1 HGB anzuknüpfen ist, hingegen die Regelung § 159 Abs. 3 HGB als eine lediglich den Fristbeginn betreffende Ergänzung außer acht zu bleiben hat.

---

1) In der Literatur jener Zeit findet sich dagegen nirgends ein klärendes Wort. Man beschränkt sich dort ausnahmslos auf Wiedergabe und Bestätigung der in den Protokollen zum Ausdruck gebrachten Tendenz, es bestehe das Bedürfnis, die Haftung des ehemaligen Gesellschafters durch eine besondere Verjährungsregelung abzukürzen; vgl. z.B. Bornemann, Waldeck, Strohn und Bürgers, Das Allgemeine Deutsche Handels-Gesetzbuch, Art. 146, 147 I S. 110 f; Keyßner, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, Art. 146; Koch, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, Art. 146 Fn. 106-109; v. Kräwel, Das Allgemeine Deutsche Handels-Gesetzbuch Art. 146 Erl. I; Litthauer, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, Art. 146 Anm. a-c; Makower, Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, Art. 146 Anm. 3; Thöl, Das Handelsrecht, Erster Band, § 97 S. 323.

Diese Auslegung des § 159 HGB wird allerdings nur bei den Schuldverhältnissen zum Ziel führen, die in ihrem Bestand allein von dem Willen der Vertragsparteien abhängig sind. Abweichende Lösungen ergeben sich hingegen für Schuldverhältnisse, bei denen die Parteiabrede von besonderen den Bestand dieser Verträge sichernden Gesetzesbestimmungen überlagert wird. Hierzu gehören die Arbeitsverhältnisse und die Mietverhältnisse über Wohnraum, teilweise aber auch die allgemeinen Miet- und Pachtverträge. Von diesen Schuldverhältnissen, bei denen zugleich spezifische, für vergleichbare Interessenkonflikte getroffene Wertungen des Gesetzgebers zu beachten sind, wird erst später zu sprechen sein.

a) Bedeutungszusammenhang der Tatbestände Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern

In der Diskussion über die Haftung des Ausgeschiedenen aus längerdauernden Schuldverhältnissen sind, soweit ersichtlich, die Rechtsfolgen einer Auflösung der Gesellschaft auf dieselben Schuldverhältnisse bislang noch nicht erörtert worden. Dieser Vergleich ist jedoch erforderlich. Denn mehrere Gründe sprechen für die Annahme, daß eine grundsätzlich verschiedene Behandlung des ehemaligen OHG-Gesellschafters nach einem Ausscheiden oder nach der Auflösung der Gesellschaft weder vom Gesetzgeber beabsichtigt war, noch mit der erkennbaren Zwecksetzung des Gesetzes in Einklang steht. Hieraus folgt aber, daß die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters aus längerfristigen Schuldverhältnissen grundsätzlich an den Rechtsolgen zu orientieren ist, die für den betreffenden Gesellschafter auch mit einer Auflösung des Unternehmens verbunden gewesen wären.

Man vergegenwärtige sich zunächst, in welcher Weise sich die Auflösung einer Gesellschaft im Regelfall auf den Bestand dieser Schuldverhältnisse und damit zugleich auf die Haftung der Gesellschaftsmitglieder auswirkt. Mit der Auflösung erfährt die Gesellschaft eine Umgestaltung des gemeinsamen Zwecks. An die

Stelle der werbenden Tätigkeit, der weiteren Förderung des vereinbarten Gesellschaftszwecks, tritt nunmehr die Abwicklung der Gesellschaft. Diese hat das Ziel, die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft Dritten gegenüber zu lösen, das Gesamthandsvermögen zu liquidieren und den etwaigen Überschuß unter den Gesellschaftern zu verteilen. Da die Rechtsbeziehungen zu Dritten allein durch die Auflösung nicht berührt werden, d.h. Rechte und Pflichten der Gesellschaft unverändert fortbestehen, müssen die Gesellschafter im Rahmen der Abwicklung bemüht sein, diese Rechtsbeziehungen alsbald zu einem Ende zu führen. Das bedeutet, daß die laufenden Geschäfte erfüllt, die bestehenden Schulden getilgt und längerfristig abgeschlossene Schuldverhältnisse wie z.B. Miet-, Pacht- und Lieferverträge nach Möglichkeit gekündigt werden. Die Abwicklung macht allerdings Schwierigkeiten, wenn die Gesellschaft zu einer baldigen Beendigung derartiger Verträge nicht berechtigt ist. Die Auflösung der Gesellschaft begründet grundsätzlich kein außerordentliches Recht zur Umgestaltung von Vertragsverhältnissen[1]. Sofern nicht ausnahmsweise ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund in Betracht zu ziehen ist[2], bleiben deshalb die auf festbestimmte Dauer abgeschlossenen Schuldverhältnisse auch weiterhin bestehen. Das kann etwa bei einer fortbestehenden Erfüllungspflicht aus einem langjährigen Liefervertrag zur Folge haben, daß die Abwicklung verzögert oder auf absehbare Zeit ausgeschlossen wird oder wohlmöglich nur eine andere Art der Auseinandersetzung als die Liquidation des Unternehmens übrig bleibt, wie z.B. die Veräußerung an einen Dritten, der die Verpflichtung zur Vertragserfüllung übernimmt[3].

Die Rechtsfolgen einer Auflösung stellen sich demnach im Grundsatz wie folgt dar: Soweit die bestehenden Vertragsbeziehungen alsbald zu beenden und insbesondere kündbar sind, werden die Gesellschafter die notwendigen Maßnahmen ergreifen, um von wei-

---

1) Statt vieler: Ulmer in Großkomm. z. HGB § 131 Anm. 135; Heymann-Kötter § 131 Anm. 1.
2) Dazu näher Ulmer aaO.
3) Ulmer aaO; zum Fortbestand von Miet-, Pacht- und Dienstverträgen vgl. RGZ 24, 70, 72; OLG Hamburg OLGRspr. 16, 92, 93.

teren Verpflichtungen und ihrer persönlichen Haftung freizuwerden. Besteht hingegen kein Aufhebungsrecht, ist der Gesellschaft jedenfalls ohne das Einverständnis des Gläubigers die Lösung aus dem Schuldverhältnis versagt; folglich bestehen die Pflichten der Gesellschaft sowie die persönliche Haftung ihrer Mitglieder weiter fort. Überträgt man diese Rechtsfolgen sinngemäß auf den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters, so bedeutet das: Dieser haftet uneingeschränkt für die gesamte Vertragsdauer, wenn auch im Falle der Auflösung der Gesellschaft eine Lösung aus dem Schuldverhältnis nicht möglich gewesen wäre; hingegen ist seine Haftung begrenzt, wenn bei einer Auflösung des Unternehmens das Vertragsverhältnis durch Kündigung bzw. ordnungsmäßige Erfüllung beendet worden wäre. In der Tat bestehen verschiedene Anhaltspunkte, die bestätigen, daß eine derartige Gleichbewertung der Tatbestände Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern dem Gesetzessinn entspricht, d.h. im Hinblick auf die Haftung aller e h e m a l i g e n Gesellschafter nicht grundsätzlich hat unterschieden werden sollen.

Das ist zunächst eine Folgerung aus dem Wortlaut des § 159 HGB. In dieser Bestimmung, die allein ausdrücklich auf die fortbestehende Gesellschafterhaftung Bezug nimmt, ist keineswegs nur von dem ausgeschiedenen Gesellschafter die Rede. Sie betrifft vielmehr einheitlich die Haftung aller ehemaligen Gesellschafter, indem sie in ihrem Absatz 1 unterschiedslos eine Verjährungsfrist von "f ü n f J a h r e n n a c h d e r A u f l ö s u n g d e r G e s e l l s c h a f t o d e r n a c h d e m A u s s c h e i d e n d e s G e s e l l s c h a f t e r s" anordnet. Diese systematische Zusammenfassung der persönlichen Gesellschafterhaftung nach Ausscheiden sowie Auflösung der Gesellschaft erscheint als ein Indiz, daß der Gesellschaftsgläubiger wie der ausscheidende Gesellschafter wegen des weiteren Bestehens der Gesellschaft nicht anders und insbesondere nicht schlechter gestellt seien sollen, als sie stehen würden, wenn die Gesellschaft aufgelöst worden wäre.

Daß dem Gesellschaftsgläubiger durch ein Ausscheiden oder eine Auflösung die Gesellschaftsmitglieder als Haftungsschuldner

nicht ohne weiteres verloren gehen können, ist, wie noch näher auszuführen sein wird, an sich eine notwendige Folgerung aus Sinn und Zweck der persönlichen Haftung der OHG-Gesellschafter als Kapitalersatz und Kreditgrundlage der Gesellschaft. Es ist deshalb zutreffend, wenn der Bestimmung § 159 HGB im allgemeinen nur bestätigender Charakter zuerkannt wird. Diese Bestätigung erhält jedoch durch die Zusammenfassung der Tatbestände Ausscheiden und Auflösung besonderes Gewicht, weil damit zugleich bestätigt wird, daß es für den Gläubiger ohne Belang sein soll, ob die OHG sich aufgelöst oder nur der einzelne Gesellschafter sich von dem Unternehmen getrennt hat. Eine solche Regelung ist durchaus nicht selbstverständlich. Wenn einige Autoren im Schrifttum bei langfristigen auf festbestimmte Zeit abgeschlossenen Verträgen für eine Haftungsbefreiung des ausgeschiedenen Gesellschafters eintreten, so dürfte das u.a. auf der durchaus naheliegenden Überlegung beruhen, daß zwischen der Haftung nach Auflösung der Gesellschaft und der Haftung nach einem Ausscheiden grundsätzlich unterschieden und im letzten Fall die Haftung deshalb eingeschränkt werden könne, weil hier dem Gesellschaftsgläubiger die OHG mit den in ihr verbliebenen Gesellschaftern als Haftungsschuldner weiterhin als Vertragspartner erhalten bleibt. Dieser Gedanke hat sogar, wie der Blick in die Gesetzesmaterialien gezeigt hat, eine historische Parallele. So hatte man - wenngleich auch hier an längerfristige Schuldverhältnisse offenbar nicht gedacht worden war - sowohl im Allgemeinen Landrecht als auch in dem württembergischen Entwurf eines Handelsgesetzbuches von 1840 zwischen der Auflösung der Gesellschaft und dem Ausscheiden eines Gesellschafters unterschieden und in letzterem Fall zum Nachteil des Gläubigers eine deutliche kürzere Haftungsdauer bestimmt[1]. Wenn von einer solchen Unterscheidung abgegangen und demgegenüber in Art. 146 ADHGB und ebenso der geltenden Regelung § 159 HGB gleichermaßen eine Haftung nach Ausscheiden wie nach Auflösung der Gesellschaft bestätigt worden ist, so erscheint das als Klarstellung, daß ein Fortbestehen der Gesellschaft den Gläubiger nicht anders stellen sollte

---

1) S. oben S. 92 f.

und ihm die ausscheidenden Gesellschafter in gleicher Weise wie im Falle einer Auflösung des Unternehmens als Haftungsschuldner erhalten bleiben sollten.
Dieselben Folgerungen ergeben sich aus dem Wortlaut des § 159 Abs. 1 HGB auch für den ausscheidenden Gesellschafter. Wie die Gesetzesmaterialien deutlich gezeigt haben, ist die Vorschrift § 159 HGB in ihrer eigentlichen Bedeutung eine Schutzbestimmung zugunsten des Gesellschafters. Dieser soll, wenn er der Gesellschaft nicht mehr angehört, nach der angegebenen Frist Gewißheit haben, daß er aus Geschäften der OHG nicht mehr in Anspruch genommen werden kann. Wenn nun dem Gesellschafter die besondere Verjährungsfrist in gleicher Weise für den Fall der Auflösung wie des Ausscheidens eingeräumt wird, so ist daraus zu folgern, daß sein Interesse an der Befreiung von den Schulden der Gesellschaft in beiden Fällen gleichermaßen als schutzwert erachtet sein soll. Auch für ihn soll danach ein Fortbestehen der Gesellschaft keine nachteiligeren Wirkungen haben, als sie auch mit einer Auflösung des Unternehmens verbunden gewesen wären. Das bedingt jedoch, daß seiner Haftung ungeachtet der tatsächlichen Verschiedenheit beider Ereignisse die gleichen Grenzen gesetzt sind.

Für eine solche Auslegung der Bestimmung § 159 HGB spricht des weiteren die aufgezeigte Entstehungsgeschichte, in der durchaus nicht immer so deutlich wie in der geltenden Regelung und mehr noch in der gegenwärtigen Diskussion zwischen den beiden Tatbeständen Auflösung und Ausscheiden getrennt worden ist. Wie erwähnt, kannte etwa der Entwurf eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches von 1849 für den Fall einer Veränderung des Gesellschafterbestandes überhaupt kein Ausscheiden, sondern ausschließlich die Auflösung der Gesellschaft, vgl. Art. 45 des Entwurfs. Zur Erläuterung hieß es z.B., es sei "überhaupt von dem Austritt oder der Ausschließung eines Gesellschafters nur in dem Sinne die Rede, daß dieselbe die Auflösung der Gesellschaft nach sich zieht"[1]; und ferner: Der Entwurf gehe

---

1) Entwurf, Motive zu Art. 45, S. 118.

davon aus, "daß durch den Austritt oder die Ausschließung eines Gesellschafters die Gesellschaft aufgelöst werde und daß, wenn die übrigen Gesellschafter eine neue Gesellschaft unter den früheren Bedingungen schließen", dies "genau gesprochen, immer eine neue Gesellschaft ist"[1]. In den Gesetzesmaterialien zum ADHGB treten demgegenüber zwar beide Tatbestände auf, doch wird hier keineswegs scharf unterschieden. So heißt es z.B. noch im 1. Entwurf in Art. 122, dieser gleichlautend mit Art. 122 des preußischen Entwurfs, es trete "die Auflösung der Gesellschaft nur in Beziehung auf den Ausscheidenden" ein; und ferner heißt es in dem ebenfalls von dem preußischen Entwurf übernommenen Art. 124 Abs. 4, solange eine Eintragung von Auflösung und Ausscheiden (Abs. 1 und 3) nicht erfolgt sei, könne "die gänzliche oder theilweise Auflösung" der Gesellschaft dritten Personen nur unter bestimmten Voraussetzungen entgegengehalten werden. Der gleiche Sprachgebrauch findet sich auch in den zugrundeliegenden Motiven, wie insbesondere denen zum preußischen Entwurf, in dem selten von einem Ausscheiden von Gesellschaftern, umso häufiger aber, und zwar unter Bezugnahme auf ältere Kodifikationen, von der "totalen Auflösung" und von der "partiellen Auflösung" der Gesellschaft die Rede ist[2].

Diese bedeutsame begriffliche Überschneidung ging erstaunlicherweise ganz ohne Aufhebens verloren. Der einzig ersichtliche Anlaß war ein redaktioneller Antrag, wonach erwogen werden sollte, ob nicht in Art. 122 des Entwurfs die Worte "so tritt die Auflösung der Gesellschaft nur in Beziehung auf den Ausscheidenden ein" zu ändern seien, "da unter Auflösung nur eine t o t a l e Auflösung zu verstehen und da sonst die nicht totale Auflösung als Ausscheiden oder Ausschließung bezeichnet worden sei"[3]. Dem Antrag wurde in der Weise entsprochen, daß es nunmehr in dem an die Stelle von Art. 122 des Entwurfs tretenden Art. 127 ADHGB hieß, es "endigt die Gesellschaft nur in Beziehung auf

---

1) Entwurf, Motive zu Art. 52, S. 122.
2) Vgl. z.B. Motive zum preußischen Entwurf S. 65 ff u. 74 f; vgl. ferner Motive zum württembergischen Entwurf S. 202 u. 243.
3) Lutz, Protokolle S. 242.

den Ausgeschiedenen" und in dem aus Art. 124 des Entwurfs entwickelten Art. 129 ADHGB nun nicht mehr von der "gänzlichen und theilweisen Auflösung" der Gesellschaft, sondern stattdessen von der Auflösung der Gesellschaft einerseits sowie dem Ausscheiden und der Ausschließung von Gesellschaftern andererseits die Rede war. Damit scheint aber auch zugleich das Bewußtsein für den engen Zusammenhang von Auflösung und Ausscheiden verloren gegangen zu sein. Wäre noch in der geltenden Regelung § 159 HGB eine Verjährungsfrist bestimmt von fünf Jahren nach der "totalen oder partiellen (theilweisen) Auflösung" der Gesellschaft, würde der Schluß auf eine Gleichbewertung beider Tatbestände hinsichtlich der fortbestehenden Gesellschafterhaftung unleugbar erleichtert sein.

Aufschlußreich für den engen Zusammenhang von Auflösung und Ausscheiden erscheinen überdies die Bestimmungen §§ 738 - 740 BGB, die gem. § 105 Abs. 2 HGB auch auf den aus einer OHG ausscheidenden Gesellschafter anzuwenden sind. Zwar ist nicht zu verkennen, daß diese - wie einleitend gezeigt, bei den hier interessierenden Schuldverhältnissen praktisch unanwendbaren - Bestimmungen allein das Innenverhältnis zwischen dem ausscheidenden Gesellschafter und der Gesellschaft betreffen. Dennoch dürften auch sie den Grundgedanken des Gesetzes bestätigen, daß der ehemalige Gesellschafter aus dem Fortbestand der Gesellschaft keine Nachteile erleiden[1] und letztlich ein gleicher E f f e k t verwirklicht sein sollte, den auch eine Auflösung der Gesellschaft für ihn haben würde.
Die Bestimmungen §§ 738 - 740 BGB regeln nur zu einem Teil Besonderheiten, die ausschließlich den Fall des Ausscheidens betreffen; dies gilt namentlich für die An- und Abwachsung, § 738 Abs. 1 S. 1 BGB, die Bewertung des Gesellschaftsvermögens, § 738 Abs. 2 BGB, sowie den Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung, § 740 Abs. 2 BGB. Im übrigen werden Rechtsfolgen angeordnet, die, abgewandelt nur durch ihre Beziehung allein auf den aus dem Unternehmen austretenden Gesellschafter, inhaltlich

1) So ausdrücklich auch Ulmer in Großkomm. z. HGB § 138 Anm. 31.

den Rechtsfolgen entsprechen, die auch eine Auflösung der Gesellschaft nach sich zieht. Der Ausscheidende hat gem. § 738 Abs. 1 S. 2 BGB einen Anspruch auf Rückgabe der der Gesellschaft zum Gebrauch überlassenen Gegenstände und dieser Anspruch besteht gem. § 732 BGB ebenso im Falle der Auflösung der Gesellschaft. Nach der gleichen Bestimmung sind die Gesellschafter verpflichtet, den Ausscheidenden von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien und dem entspricht die Befreiung von den Schulden im Falle der Auflösung, bei dem die Liquidatoren gem. § 149 HGB zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger verpflichtet sind. Reicht der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden nicht aus, so hat der Ausscheidende gem. § 739 BGB anteilsmäßig für den Fehlbetrag aufzukommen und dem entspricht die Nachschußpflicht, die ihn gem. § 735 BGB auch im Falle der Auflösung treffen würde. Gem. § 740 Abs. 1 BGB nimmt der Ausscheidende an Gewinn und Verlust der schwebenden Geschäfte teil, und auch das knüpft an den Fall der Auflösung an, weil er dort im Rahmen der Liquidation ebenso an dem Erfolg solcher Geschäfte teilnehmen würde. Am aufschlußreichsten ist aber die Regelung über die Abfindung, § 738 Abs. 1 S. 2 BGB. Dort zieht nämlich das Gesetz selbst ausdrücklich die Parallele zur hypothetischen Auflösung der Gesellschaft, indem es anordnet, dem Ausscheiden sei "dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit des Ausscheidens aufgelöst worden wäre".

Die deutlichste Bestätigung für die Gleichbewertung der Tatbestände Auflösung und Ausscheiden im Hinblick auf die fortbestehende Gesellschafterhaftung ergibt sich indes aus dem erkennbaren Sinnzusammenhang dieser beiden Regelungen, die der Gesetzgeber in der Weise alternativ nebeneinander gestellt hat, daß entgegen der im Gesetz enthaltenen Reihenfolge ein Regel-Ausnahme-Prinzip zugunsten des Tatbestandes Ausscheiden (Ausschließung) = Fortbestehen der Gesellschaft wirksam werden sollte.

Das Gesetz enthält in seinem Vierten Titel, der mit "Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern" überschrieben

ist, zunächst in § 131 HGB einen Katalog von Auflösungsgründen, in dem insbesondere solche Ereignisse erfaßt sind, durch die der Mitgliederbestand der Gesellschaft berührt wird. Die Regelung ist jedoch nur ausnahmsweise zwingend. In den §§ 138 - 142 HGB erlaubt das Gesetz das Ausscheiden von Gesellschaftern und damit ein Fortbestehen der Gesellschaft mit verändertem Mitgliederbestand. Im wesentlichen unterscheidet es zwei Möglichkeiten: Das Ausscheiden kann einmal gem. § 138 HGB durch eine entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sein. Dabei kommen durchaus nicht nur die dort genannten Fälle der Kündigung, des Todes oder des Konkurses eines Gesellschafters in Betracht; denn diese Aufzählung hat nach heute wohl einhelliger Ansicht[1] nicht abschließende sondern nur beispielhafte Bedeutung. Ferner kann das Ausscheiden erzwungen werden und zwar unter den Voraussetzungen, die in den §§ 140, 141 HGB näher bestimmt sind.

Sinn und Zweck dieser mit den Bestimmungen §§ 138 - 142 HGB eröffneten Alternative bestehen darin, die Gesellschaft und das gemeinsam betriebene Unternehmen auch dann zu erhalten, wenn in der Person eines der Gesellschafter ein Auflösungsgrund eintritt[2]. Das Bedürfnis, bei auf längere Dauer angelegten Gesellschaften den Wegfall einzelner Gesellschafter zu überwinden bzw. Gesellschafterwechsel zuzulassen, liegt auf der Hand. Würde es hier bei der Gesellschaftsauflösung bewenden, wäre die OHG stets zur Liquidation gezwungen, auch wenn Vermögenslage und Rentabilität des Unternehmens die Auflösung und Liquidation in keiner Weise fordern. Die Folge wäre eine häufig grundlose Zerstörung des Unternehmens und zugleich die Vernichtung oder doch Entwertung mancher im Unternehmen steckenden Werte. An die Stelle des Gebrauchswerts träte der Abbruchswert des Unternehmens.

---

1) Statt vieler: Ulmer in Großkomm. z. HGB § 138 Anm. 4; Schlegelberger-Geßler § 138 Anm. 2.

2) Vgl. zu Folgendem: Ulmer in Großkomm. z. HGB § 138 Anm. 1 u. 4; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 138 Anm. 1; Hueck, OHG, § 23 V; Koenige-Teichmann-Koehler § 138 Anm. 1; Lehmann-Dietz S. 168 f u. 178 f; Reinhardt, Gesellschaftsrecht, Rdnr. 216; Schlegelberger-Geßler § 138 Anm. 1; Westermann PH Teil I Rdnr. 382.

Aktiva wie z.B. eingebaute oder nur für diesen Betrieb brauchbare Maschinen, halbfertige Produkte etc. gingen verloren oder drohten doch auseinanderzufallen und damit in ihrer wirtschaftlichen Einheit entwertet zu werden. Entwertend wirkte ferner der Zwang, sei es in Teilen oder im Ganzen, zu veräußern. Verloren gingen aber vor allem die unkörperlichen Geschäftswerte wie z.B. Organisation und Firma, Beziehungen zur Kundschaft, zu Lieferanten und zu Arbeitskräften, Ruf, Wirkungsbereich und Geschäftserfahrungen. Angesichts dieses Risikos unwiederbringlicher Wertverluste entspricht es zum einen der wirtschaftlichen Vernunft wie auch dem Interesse der Allgemeinheit, an eine Veränderung im Mitgliederbestand der Gesellschaft nicht unbedingt die Folge der Auflösung zu knüpfen. Zum anderen fordert dies auch das berechtigte Interesse der Beteiligten. Die Bestimmungen über die Auflösung sind im Interesse der Gesellschafter gesetzte Schranken für einen Mitgliederwechsel, die aufrechtzuerhalten aber dann nicht erforderlich ist, wenn die Gesellschafter selbst bereit sind, von ihnen abzusehen und das Unternehmen zu erhalten. Darüber hinaus wären durch eine Auflösung insbesondere die Mitgesellschafter hart betroffen. Oft wäre die Auflösung nur deshalb erforderlich, um das Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters, in dessen Person die zur Auflösung führenden Gründe eingetreten sind, festzustellen und ihm auszuzahlen. Gegenüber diesem Interesse des einen Gesellschafters am Empfang seines Auseinandersetzungsguthabens steht jedoch das Interesse aller übrigen Gesellschafter an der Erhaltung des Unternehmens, denen im Fall der Auflösung nicht nur Wertverluste drohen, sondern darüber hinaus ihr Tätigkeitsbereich oder sogar ihre Existenzgrundlage verlorenginge.

Betrachtet man diese Zwecksetzung der Bestimmungen §§ 138 - 142 HGB, so scheint damit für die Frage, wie Gesellschaftsgläubiger und ausscheidender Gesellschafter im Vergleich zu einer Auflösung der Gesellschaft gestellt sein sollen, kaum etwas ausgesagt zu sein. Vordergründig spricht sie lediglich für eine Besserstellung des Gesellschafters, da die mit einer Versilberung

des Unternehmens verbundenen Wertverluste vermieden werden, mithin der Ausscheidende in seinem Abfindungsguthaben an dem lebenden Geschäftswert beteiligt werden kann[1]. Weitere Rückschlüsse sind indes möglich, vergegenwärtigt man sich die Konsequenzen, auf die eine unterschiedliche Bewertung dieser Tatbestände gerade bei den hier interessierenden Schuldverhältnissen hinauszulaufen droht. Würde nämlich ein Fortbestehen der Gesellschaft für den Gesellschaftsgläubiger wie den betreffenden Gesellschafter tatsächlich mit erheblich größeren Nachteilen als bei einer Auflösung des Unternehmens verbunden sein, müßte das letztlich zur Folge haben, daß man sich beiderseits an einem Ausschluß dieser Möglichkeit interessiert zeigt, d.h. es würde nahegelegt, auf Fortsetzungsklauseln im Gesellschaftsvertrag zu verzichten sowie die Bestimmungen über das unfreiwillige Ausscheiden, §§ 140, 141 HGB, abzudingen[2]. Damit würde aber ein sinnvolles Nebeneinander dieser beiden Tatbestände gefährdet und der hiermit verfolgte Zweck, nämlich die Erhaltung wirtschaftlich wertvoller Unternehmen im Interesse der Beteiligten wie der Allgemeinheit, praktisch vereitelt sein.

Im einzelnen ergibt sich das aus folgenden Überlegungen: Würde die insbesondere von HEYN[3] entwickelte Ansicht, bei den auf festbestimmte Zeit geschlossenen Verträgen werde der ausgeschiedene Gesellschafter analog § 159 Abs. 1 HGB jedenfalls nach Ablauf von fünf Jahren von jeder Haftung frei, in der Praxis anerkannt, so wäre ein Gläubiger vor jeder länger andauernden vertraglichen Bindung mit der OHG gewarnt. Hier hätte er nämlich im Falle eines Ausscheidens von Gesellschaftern eine Gefährdung seiner Ansprüche hinzunehmen, mit der er für den Fall der Auflösung der Gesellschaft nicht zu rechnen hätte. Bei solchen langfristigen Schuldverhältnissen - man denke hier z.B. an einen Verkauf an die OHG, bei dem der Kaufpreis verrentet wird,

---

1) Das fordert auch zutreffend die ganz herrschende Ansicht; vgl. Nachweise bei Ulmer in Großkomm. z. HGB § 138 Anm. 40.
2) Zur Abdingbarkeit dieser Bestimmungen vgl. statt vieler Ulmer in Großkomm. z. HGB § 140 Anm. 46 u. § 141 Anm. 21.
3) S. oben S. 32 ff.

an langfristige Liefer- und Kreditverträge sowie an Miet- und Pachtverträge, bei denen eine wertvolle Miet- und Pachtsache überlassen ist - hätte er jederzeit zu gewärtigen, daß der Kredit, auf den er bei Vertragsschluß gebaut hat, durch das Ausscheiden von Gesellschaftern verringert und im extremen Falle ausgehöhlt wird. Dabei hätte er den Schuldnerverlust jedenfalls immer dann ohnmächtig hinzunehmen, wenn die Gesellschaft wenigstens noch während des Fristablaufs ihre Verpflichtungen ordnungsgemäß erfüllt. Ein solcher Verlust träfe ihn hingegen nicht im Falle der Auflösung der Gesellschaft. Denn diese ließe die Verpflichtung der Gesellschaft sowie aller Gesellschafter grundsätzlich unberührt mit der Folge, daß z.B. bei dem Liefervertrag die Auflösung praktisch auf lange Zeit ausgeschlossen sein kann, die Verpflichtung aller Gesellschafter zur Zahlung von Kaufpreis- oder Kreditraten weiterbesteht, und bei Abbruch von Miet- oder Pachtverträgen die Gesellschafter wenigstens gemeinsam zur Rückgabe der überlassenen Sache und zu Schadensersatz verpflichtet sind. Übersieht aber der Gläubiger diese unterschiedlichen Rechtsfolgen, so kann das in letzter Konsequenz bedeuten, daß sich die Gesellschaft die erforderliche Kreditfähigkeit für solche besonders langfristig abzuschließenden Schuldverhältnisse nur in der oben bezeichneten Weise erkaufen kann. Das würde weiter bedeuten, daß sie einem (teilweisen, nämlich mit Ausnahme der fortbestehenden Verpflichtungen aus solchen Verträgen) Untergang stets näher ist, als sie es wäre, wenn sie von der Möglichkeit eines Ausscheidens bzw. der Ausschließung von Gesellschaftern Gebrauch machen könnte.

Mehr noch als die Gesellschaftsgläubiger könnten aber die Gesellschafter selbst an derartigen Konsequenzen interessiert sein. Würde einem ausscheidenden Gesellschafter tatsächlich eine unbegrenzte Forthaftung drohen, wie sie vielfach bei unbefristet geschlossenen Schuldverhältnissen wie insbesondere Arbeitsverhältnissen, Miet-, Pacht- und Lieferverträgen und nahezu einhellig bei Kontokorrentverhältnissen befürwortet wird, müßte die Möglichkeit eines Ausscheidens in vielen Fällen ver-

ständigerweise ausgeschlossen werden. Bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages läge eine derartige Regelung auch durchaus im Interesse aller Beteiligten. Jeder Gesellschafter müßte zu diesem Zeitpunkt vor Augen haben, daß er sich angesichts derartiger Haftungsfolgen nur schwerlich zu einem Ausscheiden wird entschließen können. Im Falle des unfreiwilligen Ausschlusses hätte er obendrein mit der Strafe einer weiteren Haftung zu rechnen. Keiner von ihnen wird sich aber auf unabsehbare Zeit an das Unternehmen binden wollen. Keiner von ihnen weiß zu diesem Zeitpunkt, ob nicht er irgendwann z.B. wegen irgendwelcher Unverträglichkeiten das Unternehmen verlassen will, ein Privatgläubiger die Kündigung betreibt oder sein eigenes Verhalten Anlaß zu einer Ausschließungsklage gibt. Infolgedessen wird keiner das Risiko auf sich nehmen wollen, daß nach seinem etwaigen Ausscheiden die Gesellschaft den Betrieb fortsetzt und damit seine Haftung aus einer Vielzahl von Verträgen eine uferlose Ausdehnung erfährt. Eine entsprechende Sicherheit wäre ihnen aber nur gegeben, wenn an die Stelle eines möglichen Ausscheidens stets die Auflösung des Unternehmens träte, durch die allein die Beendigung dieser Vertragsverhältnisse und zugleich das Ende ihrer Haftung (insbesondere auch aus den dem Kündigungsschutz unterliegenden Arbeitsverhältnissen, der i.d.R. nur durch die Auflösung und tatsächliche Betriebsstillegung überwunden werden kann) gewährleistet wäre. Derartige Konsequenzen würden aber nicht nur Sinn und Zweck der Bestimmungen §§ 138 - 142 HGB, nämlich die Erhaltung wirtschaftlich wertvoller Unternehmen unabhängig von dem Bestand der Gesellschafter, zu widerlaufen. Gefährdet wäre überdies, da die Sicherheit eines jeden Gesellschafters erkauft wäre mit der Unsicherheit, daß auch ein Ereignis in der Person eines anderen Mitglieds jederzeit den Untergang des Unternehmens herbeiführen kann, das Engagement der Gesellschafter, womit letztlich die Existenzfähigkeit dieser Gesellschaftsform überhaupt in Frage gestellt wird.

Zusammenfassend ist deshalb festzustellen, daß der Wortlaut der Bestimmung § 159 HGB und ihre Entstehungsgeschichte und ferner der Grundgedanke der das Innenverhältnis zu der Gesellschaft

betreffenden Bestimmungen §§ 738 - 740 BGB sowie der erkennbare Sinnzusammenhang der Regeln über das Ausscheiden von Gesellschaftern §§ 138 - 142 HGB zu den Auflösungsregeln §§ 131 ff HGB dafür sprechen, die Tatbestände Auflösung der Gesellschaft und Ausscheiden von Gesellschaftern hinsichtlich der fortbestehenden Haftung gleichzubewerten. Das bedeutet, daß die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters bei den hier interessierenden Schuldverhältnissen grundsätzlich daran zu orientieren ist, welche Haftung ihn auch im Falle einer Auflösung des Unternehmens getroffen haben würde. Daraus folgt - von den später besonders zu erörternden Rechtsverhältnissen abgesehen - im einzelnen: Bei langfristig auf festbestimmte Zeit abgeschlossenen Verträgen haftet der Ausgeschiedene unbeschränkt fort ohne Rücksicht auf die noch ausstehende Vertragsdauer. Bei unbefristet geschlossenen kündbaren Schuldverhältnissen haftet er nur bis zum Ablauf der nächstfolgenden Kündigungsfrist. Bei Verträgen, die die Überlassung von Sachen zum Gegenstand haben wie z.B. Miet- und Pachtverhältnisse, Verwahrungs- oder Leihverträge ist die Lage nach Ablauf der Kündigungsfrist so anzusehen, als habe der Vertragspartner die Überlassung an die Gesellschaft und die in ihr verbliebenen Mitglieder erneuert. Das gilt ähnlich auch für Kreditverträge und insbesondere Kontokorrentverhältnisse, bei denen der von dem Gesellschafter auch im Falle einer Auflösung zu erbringende Anteil in einem entsprechenden Abzug bei der Berechnung des Abfindungsguthabens seinen Niederschlag gefunden hat. Nicht anders ist hiernach das Ergebnis in dem jedenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht verwandten Fall, daß der Gesellschaft nach dem Ausscheiden bestehende Verbindlichkeiten kreditiert werden, an denen der Ausscheidende entweder bereits bei der Abfindungsregelung oder aber nach dem zunächst vorgesehenen Abschluß des Geschäfts, § 740 Abs. 1 S. 1 BGB, ebenfalls anteilsmäßig zu beteiligen war. Unterschiedliche Folgen ergeben sich für den Fall des einseitig eingeräumten Kündigungsrechts. War der OHG ein einseitiges Kündigungsrecht - und gleiches gilt nach den obigen Ausführungen für das einseitige Verlängerungsrecht[1] - eingeräumt, so ist

---

1) S. oben S. 60 f.

die Haftung des Ausscheidenden damit in gleicher Weise begrenzt, wie sie auch im Falle einer Auflösung der Gesellschaft angestrebt worden wäre. War hingegen der Gesellschaftsgläubiger einseitig zur Kündigung (Verlängerung) befugt, so dauert die Haftung des Ausscheidenden bei einem entsprechenden Verhalten des Gläubigers an, weil auch eine Auflösung des Unternehmens dem Vertragspartner jene Möglichkeit im Regelfall nicht ohne weiteres genommen haben würde.
Alle diese Ergebnisse sind jedoch nicht nur eine Folgerung aus dem dargestellten Bedeutungszusammenhang der Tatbestände Auflösung und Ausscheiden. Wie sogleich zu zeigen ist, stehen sie überdies in Einklang mit Sinn und Zweck der persönlichen Gesellschafterhaftung bei der offenen Handelsgesellschaft, wie er unter Beachtung der gesetzlichen Ausscheidensregelung sowie der gegensätzlichen Interessen der Beteiligten zu ermitteln ist.

b) Haftungszweck und Interessenbewertung

aa) Schuldverhältnisse mit festbestimmter Dauer

Wenn verschiedentlich die Ansicht vertreten wird, bei auf ungewöhnlich lange Zeit abgeschlossenen Schuldverhältnissen sei die Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters wenigstens auf die Fünfjahresfrist des § 159 Abs. 1 HGB zu begrenzen, weil eine weiterreichende Haftung des Gesellschafters mit der Schutzfunktion dieser Bestimmung unvereinbar sei[1], so erweckt das zu Unrecht den Anschein, als betreffe hier die Diskussion ausschließlich Verträge mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren. Wer diese Vorschrift grundsätzlich für anwendbar hält, hat zu beachten, daß nach ihrem letzten Halbsatz die Fünfjahresfrist nur gilt, "sofern nicht der Anspruch gegen die Gesellschaft einer kürzeren Verjährung unterliegt". Das bedeutet aber, daß hier nicht nur eine fünf-

1) Heyn NJW 1959, 923; Kornblum S. 178 ff; Schlegelberger-Geßler § 159 Anm. 10; Heinemann S. 88 ff; zu der Begründung im einzelnen s. oben S. 32 ff.

jährige Frist, sondern folgerichtig auch die kürzeren Fristen der §§ 196, 197 BGB in Betracht zu ziehen sind. Dabei ist insbesondere § 197 BGB bedeutungsvoll, weil dort u.a. für regelmäßig wiederkehrende Leistungen eine vierjährige Verjährungsfrist bestimmt wird[1].

Im übrigen berufen sich diese Autoren gern auf Schuldverhältnisse mit der ungewöhnlichen Zeitdauer von z.B. 20 oder 30 Jahren und zu Recht verweisen sie darauf, welche extreme Belastung die fortbestehende Haftung des Gesellschafters gerade bei einer derartigen Laufzeit darstellen kann. Er bleibt u.U. noch für lange Jahre aus den Schuldverhältnissen verpflichtet, obwohl er wegen seiner Trennung von dem Unternehmen an ihnen nicht mehr teilhaben kann. Er hat im allgemeinen keinen Einfluß mehr auf ihre weitere Abwicklung, regelmäßig noch nicht einmal eine entsprechende Kenntnis, und befindet sich deshalb in ständiger Ungewißheit über das Ausmaß seiner etwaigen Inanspruchnahme. Darüber hinaus kommt ihm die Gegenleistung i. d.R. weder unmittelbar noch mittelbar zugute. In Fällen, in denen eine Beteiligung i.S. des § 740 BGB überhaupt vorstellbar wäre wie z.B. bei Lieferverträgen, wird sie nach dem Inhalt des Auseinandersetzungsvertrages regelmäßig ausgeschlossen sein. Im übrigen kommt eine Beteiligung des Ausgeschiedenen schon deshalb nicht in Betracht, weil die Gegenleistung, wie z.B. bei Miet-, Pacht- oder Kreditverträgen, notwendigerweise allein von der Gesellschaft und den verbleibenden Gesellschaftern bezogen wird. Unter diesen Umständen erscheint der ehemalige Gesellschafter mit einer fortbestehenden Haftung etwa über eine noch ausstehende Laufzeit des Vertrages von 10 oder gar 20 Jahren in der Tat hart betroffen. Unter Beachtung des Sicherungszwecks der persönlichen Gesellschafterhaftung einerseits sowie der durch die festbestimmte Dauer oder doch Unkündbarkeit des Schuldverhältnisses als besonders schutzwert gekennzeichneten Belange des Gesellschaftsgläubigers andererseits ist dennoch daran festzuhalten, daß die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters über eine festvereinbarte Vertragsdauer stets uneingeschränkt fortbesteht.

---

1) Ein entsprechender Hinweis findet sich aber nur bei Heyn aaO.

Sinn und Zweck der in den §§ 105 Abs. 1, 128 HGB angeordneten unbeschränkt persönlichen und selbstschuldnerischen Haftung der Gesellschafter einer OHG lassen sich wie folgt umreißen[1]: Die OHG kennt im Unterschied zu den Kapitalgesellschaften keine Bestimmungen, die den Gesellschaftsgläubigern ein Gesellschaftsvermögen in einer bestimmten Höhe als Befriedigungsobjekt zur Verfügung stellen. Auch kennt sie keine Bestimmungen, die den Gesellschaftern im Interesse der Gesellschaftsgläubiger eine bestimmte Einlagepflicht auferlegen und die Erfüllung dieser Pflicht gewährleisten. Sie kennt schließlich keinerlei Sicherheitsmaßregeln zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens. Das völlige Fehlen derartiger Schutzbestimmungen und die entsprechende Freiheit der Gesellschafter in allen diesen Beziehungen soll aber erkauft werden durch die absolute und selbstschuldnerische Haftung aller Gesellschafter für alle Gesellschaftsschulden. Sie soll den Gesellschaftsgläubigern das erforderliche Maß an Sicherheit bieten und damit zugleich die Lebensfähigkeit der OHG garantieren. Die persönliche Haftung der Gesellschafter bildet somit die wirtschaftliche Grundlage des Unternehmens und in ihr liegt zugleich die besondere Stärke der OHG. Indem die Gesellschafter ihr gesamtes Vermögen als Haftungsobjekt und häufig auch ihre ganze Arbeitskraft in den Dienst des Unternehmens stellen, verschaffen sie ihm eine besonders gesunde Kreditbasis. Durch die Übernahme der unbeschränkten Haftung zeigen sie, daß sie selbst volles Vertrauen zu ihrem Unternehmen haben; sie können deshalb hoffen, daß auch andere Vertrauen gewinnen und den nötigen Kredit zur Verfügung stellen, da jene keinerlei Verlust zu befürchten haben, solange auch nur einer der Gesellschafter zahlungsfähig ist.

Angesichts dieser Funktion der Gesellschafterhaftung als Kreditgrundlage der OHG versteht es sich von selbst - und bedurfte es deshalb auch keiner ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung -,

---

1) Vgl. zu Folgendem: R. Fischer in Großkomm. z. HGB § 128 Anm. 2; Düringer-Hachenburg-Flechtheim § 128 Anm. 1; Hueck, OHG, § 4 u. 21 II 3; Schlegelberger-Geßler § 128 Anm. 1.

daß das Ausscheiden eines Gesellschafters dessen persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden nicht ohne weiteres beseitigen kann. Denn würde der Gläubiger durch ein solches Ereignis, auf das er regelmäßig keinen Einfluß hat, automatisch einen Schuldner verlieren, könnte er sich in keiner Weise auf den Bestand der bei Vertragsschluß vorgefundenen Kreditgrundlage verlassen und dementsprechend gering wäre die Kredit- und Handlungsfähigkeit der OHG. Aus diesem Haftungszweck folgt aber kaum weniger selbstverständlich, daß die persönliche Haftung grundsätzlich über die jeweils vereinbarte Vertragsdauer andauern muß. Denn das bei Vertragsschluß vorhandene Vermögen der Gesellschafter verspricht dem Gläubiger nur dann Sicherheit, wenn Gewißheit besteht, daß ihm der Zugriff auf dieses Vermögen auch bei einer Trennung einzelner Mitglieder von dem Unternehmen stets bis zu dem vereinbarten Vertragsablauf erhalten bleibt. Dies gilt ohne Unterschied, ob die Parteien eine kürzere oder eine besonders lange Laufzeit des Vertrages vereinbart haben. Ebenso wie das zufällige Ereignis des Ausscheidens allein nicht die Haftung des betreffenden Gesellschafters beseitigen kann, ist auch eine an dieses zufällige Ereignis anknüpfende generelle Haftungsbegrenzung, mag sie auch eine Frist von vier oder fünf Jahren umfassen, mit dem Sicherungsinteresse des Gläubigers nicht zu vereinbaren.

Das Sicherungsinteresse des Gesellschaftsgläubigers tritt besonders auffällig in den Vordergrund, wenn wie in dem vom BGH[1)] entschiedenen Fall des verrenteten Kaufpreisanspruchs die Gesellschaft als Entgelt für eine erhaltene Leistung zur Entrichtung wiederkehrender Leistungen verpflichtet ist. In einem solchen Fall kann es nicht zweifelhaft sein, daß der ehemalige Gesellschafter, der die vollständige Gegenleistung des Gläubigers gemeinsam mit den anderen Gesellschaftern entgegengenommen hat, auch zukünftig verpflichtet bleiben muß. Zu Recht hat es deshalb der BGH abgelehnt, aus einer besonders langen Vertragsdauer irgendwelche Folgerungen zugunsten des Ausge-

1) BGHZ 50, 232.

schiedenen zu ziehen und stattdessen betont, der Gläubiger sei umso schutzwürdiger, je weiter die Fälligkeit der von der Gesellschaft zu erbringenden Leistungen hinausverlegt worden sei und je weniger sich infolgedessen übersehen lasse, wie sich die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft im Laufe der Zeit entwickeln werden. Das gleiche gilt für die von R. FISCHER zutreffend in diesen Zusammenhang gestellten Fälle des selbständigen Leibrentenversprechens sowie der Vereinbarungen, die die Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz in regelmäßig wiederkehrenden Zahlungen festgelegt haben[1]. Auch hier erscheint es nur selbstverständlich, daß ein Gesellschafter, der z.B. für das schadensstiftende Ereignis mitverantwortlich gewesen ist, sich durch ein Ausscheiden aus der Gesellschaft von seinen Verpflichtungen nicht befreien kann.
Die genannten Fälle tragen indes keineswegs den Ausnahmecharakter, den KORNBLUM ihnen zuschreiben will[2]. Wenn er meint, die Betrachtungsweise des BGH stelle "für den Normalfall, in dem die (Teil-) Leistungen b e i d e r Parteien sukzessive erbracht werden, einseitig die Gläubigerinteressen in den Vordergrund", so ist das mindestens in dieser Allgemeinheit eine Verkennung der häufig engen Wechselbeziehung von Leistungsinhalt und festvereinbarter Vertragsdauer. Tatsächlich ist eine Reihe von Fällen denkbar, in denen das Sicherungsinteresse des Gläubigers allein durch die festbestimmte Vertragsdauer kaum weniger deutlich gekennzeichnet ist, als in dem Fall der vorweg erbrachten Gegenleistung. Man betrachte etwa folgende Beispiele: Die Gesellschaft will für lange Zeit eine Büro- oder Betriebsstätte mieten oder pachten und der Gläubiger erklärt sich wegen der in Aussicht gestellten langen Vertragsdauer bereit, Einbauten, Umbauten oder gar erst die Erstellung des Projekts nach den Wünschen und speziellen Bedürfnissen der Gesell-

---

1) Großkomm. z. HGB § 128 Anm. 54, wobei allerdings die Überschreibung mit der vorweg erbrachten Leistung des Gläubigers im Hinblick auf die genannten Schadensersatzvereinbarungen kaum Sinn ergibt.
2) S. 179 u. Fn. 26 a.

schaft vorzunehmen. Und ferner: Die Gesellschaft will von einem Lieferanten über einen Zeitraum von z.B. 10 Jahren bestimmte Produkte beziehen. Um diesen Vertrag erfüllen zu können, hat der Gläubiger eine Reihe von Maßnahmen zu treffen, wie z.B. Rohstoffe einzukaufen, Maschinenanlagen zu ergänzen, umzustellen oder gar neu zu beschaffen, zusätzliche Arbeitskräfte einzustellen und ähnliches mehr.
Diese Beispiele unterscheiden sich von dem Fall der Vorleistung insofern, als hier der Gläubiger mit den zu Vertragsbeginn zu treffenden Maßnahmen noch keine Leistung im rechtlichen Sinne erbringt, sondern mit solchen Investitionen in die ihm gehörige Miet- oder Pachtsache bzw. seinen Betrieb lediglich die vertragsmäßigen Leistungen vorzubereiten hat. Es handelt sich also dessenungeachtet um den von KORNBLUM so bezeichneten "Normalfall", in dem die (Teil-) Leistungen beider Parteien sukzessive erbracht werden. Dennoch wird nicht zu leugnen sein, daß dieses Erfordernis der umfangreichen Vorbereitung einer über Jahre hinaus zu erbringenden Leistung das Sicherungsinteresse des Gläubigers in durchaus ähnlicher Weise prägt. Auch hier hat er bereits mit Vertragsbeginn in besonderem Umfang zum Zwecke der Vertragserfüllung tätig zu werden und die hiermit verbundenen Aufwendungen werden ihm erst entgolten mit der vollständigen Erbringung der Gegenleistung durch die Gesellschaft, die sich auch hier vereinbarungsgemäß über lange Zeit erstrecken soll. Er unternimmt diese Anstrengungen im Vertrauen auf die persönliche Haftung der Gesellschafter und sein Interesse an dem unveränderten Bestand der Haftungsgrundlage erscheint aus den gleichen Gründen besonders schutzwürdig; denn er trägt ähnlich dem Fall der vorweg erbrachten Gegenleistung ein gesteigertes Risiko, nämlich das Ausbleiben des Entgelts für Aufwendungen, die er im Vertrauen auf den sicheren Bestand der Vertragsbeziehung im voraus getätigt hat.
Unter solchen Umständen läßt sich aber keineswegs behaupten, daß die Annahme der fortbestehenden Gesellschafterhaftung einseitig die Gläubigerinteressen bevorzuge. Folgerichtig erscheint vielmehr, daß ähnlich wie die vorweg erbrachte Leistung auch

eine solche Leistungsvorbereitung des Gläubigers entsprechend ihrem u.U. erheblichen Wert und Umfang die weitere Haftung des Ausgeschiedenen nach sich ziehen muß. Das kann nun allerdings nicht heißen, daß im konkreten Falle zu ermitteln wäre, bis zu welchem Zeitpunkt die vorbereitende Tätigkeit des Gläubigers durch die von der Gesellschaft zu erbringende Leistung als ausgeglichen angesehen werden kann. Das wäre praktisch kaum möglich und erscheint auch gar nicht erforderlich. Die Parteien selbst geben mit ihrer vertraglichen Vereinbarung einen untrüglichen Hinweis, welcher Wert solchen Leistungsvorbereitungen neben den von beiden Seiten sukzessive zu erbringenden Leistungen beizumessen ist. Es versteht sich von selbst, daß ein Gläubiger, der zur Vertragserfüllung zunächst derart besondere Anstrengungen zu unternehmen hat, sich hierzu nur bereitfindet, wenn ihm die zum Ausgleich erforderliche festbestimmte Vertragsdauer und damit ein sicheres Entgelt in Aussicht gestellt wird. Ob diese Anstrengungen einen größeren oder geringeren Umfang haben, ob sie durch die Gegenleistung der Gesellschaft in einem kürzeren oder längeren Zeitraum als aufgezehrt gelten sollen, das findet zwangsläufig seine Regelung in der von den Parteien frei vereinbarten Laufzeit des Vertrages. Folglich ist es auch eben diese festbestimmte Vertragsdauer, die für die weitere Haftung des ehemaligen Gesellschafters als maßgeblich angesehen werden muß.

Eine Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters bliebe danach allenfalls in den Fällen diskutabel, wo es an den erwähnten Besonderheiten fehlt, mithin der Sicherungscharakter der festbestimmten Laufzeit des Vertrages weniger ausgeprägt erscheint. Indessen dürfte auch hier die Haftungsbefreiung mit dem berechtigten Sicherungsinteresse des Vertragspartners der OHG nicht zu vereinbaren sein.
Der Gesellschaftsgläubiger bleibt ungeachtet des Ausscheidens eines der Gesellschafter aus dem Vertrag mit der OHG weiterhin verpflichtet. Er hat zum Zwecke der Vertragserfüllung Überlassenes, wie z.B. Kredite, Miet- oder Pachtsache, auch zukünftig der OHG zu belassen; er hat neu erwachsende Verbindlichkeiten,

etwa aus Lieferverhältnissen, auch weiterhin zu erfüllen. Das Fortbestehen dieser seiner Verpflichtungen verlangt aber notwendig auf Seiten der Gesellschaft die Erhaltung der Sicherheiten, auf die vertrauend der Gläubiger die langfristige Vertragsbindung eingegangen ist. Bei derartigen Schuldverhältnissen trägt dieser ohnehin wie auch bei jedem anderen Vertragspartner in erhöhtem Maße das Risiko einer Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen der Gesellschaft und ihrer Mitglieder, und er ist deshalb nicht ohne weiteres berechtigt, sich aus dem Vertragsverhältnis zu lösen. Dieses Risiko würde aber durch eine generelle Haftungsbegrenzung zugunsten des ausscheidenden Gesellschafters in unerträglicher Weise gesteigert. Das bedeutete nämlich, daß dem Gläubiger zusätzlich das Risiko angelastet wäre, jederzeit ihm nachteilige Änderungen im Gesellschafterbestand in Kauf zu nehmen. Neben dem allgemeinen Risiko einer ungünstigen wirtschaftlichen Entwicklung bei dem Unternehmen und seinen Trägern hätte er also stets zugleich zu befürchten, daß einzelne Mitglieder der Gesellschaft ausscheiden und damit einen Teil des ihm haftenden Vermögens durch bloße Abtrennung von dem Unternehmen seinem Zugriff entziehen könnten. Ein derart verdoppeltes Risiko des seinerseits weiterhin leistungspflichtigen Gläubigers ist aber mit dem Sicherungszweck der persönlichen Haftung der OHG-Gesellschafter nicht zu vereinbaren. Der Gläubiger mag eine etwaige Gefährdung seiner Ansprüche durch einen Vermögensverfall des Unternehmens und seiner Mitglieder hinnehmen. Hingegen muß er davor geschützt sein, daß die bei Vertragsschluß vorgefundene Kreditbasis jederzeit w i l l k ü r l i c h verschlechtert wird und eine Gefährdung seiner Ansprüche droht, obgleich ihm zuvor als Sicherheit gebotenes Vermögen, wenn auch getrennt von dem Unternehmen, nach wie vor vorhanden ist. Die Gesellschaft hat bei Vertragsschluß mit der Kreditfähigkeit ihrer Mitglieder um Vertrauen geworben, und der Gläubiger hat ihr dementsprechend langfristige Kredite eingeräumt, eine wertvolle Miet- oder Pachtsache übergeben oder sich auf langdauernde Lieferverpflichtungen eingerichtet. Wenn der Gläubiger an diesen Entschlüssen auch im

Falle von Änderungen im Mitgliederbestand der Gesellschaft festzuhalten verpflichtet ist, so entspricht dem notwendig auch die Erhaltung der Sicherheit, die ihm bei Vertragsschluß von den Unternehmen und seinen Trägern mit der Gesamtheit ihrer Vermögen versprochen worden ist.

Man könnte demgegenüber - bei den vorerwähnten Fällen hat diese Überlegung sinnvollerweise ganz außer Betracht zu bleiben - allerdings erwägen, dem Gläubiger einerseits den Verlust des Ausgeschiedenen als Schuldner zuzumuten, ihm andererseits aber als Ausgleich generell ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund in entsprechender Anwendung des § 626 BGB einzuräumen. Denn er wäre dann immerhin imstande, seinerseits auf die Verschlechterung in der Kreditbasis der Gesellschaft zu reagieren, sich für die Zukunft von seinen Verpflichtungen zu befreien und insbesondere zum Zwecke der Vertragserfüllung Überlassenes wie Miet- oder Pachtsache, Kredite usw. vorzeitig herauszuverlangen. Ein derartiger Ausgleich entspräche indessen allein dem Interesse des Ausgeschiedenen. Den Interessen der übrigen Beteiligten würde er durchaus nicht gerecht.
Die Gesellschaft und die in ihr verbliebenen Mitglieder würden durch ein solches allgemeines Lösungsrecht des Gläubigers außerordentlich gefährdet werden. Denn mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters, das die übrigen Gesellschafter in den meisten Fällen nicht verhindern können, wäre stets zugleich der Bestand bestimmter Vertragsverhältnisse in Frage gestellt. Dem Gläubiger wäre deren sofortige Aufhebung gestattet, was für die Gesellschaft erhebliche Schwierigkeiten, bei Kreditverträgen sogar leicht ihren Zusammenbruch zur Folge haben könnte[1].

Aber auch aus der Sicht des Gläubigers wäre mit einem solchen Kündigungsrecht kaum ein angemessener Ausgleich gefunden. Der Gläubiger, der mit einer OHG ein langfristiges Vertragsverhältnis abgeschlossen hat, ist regelmäßig auch an dessen Fortsetzung interessiert, d.h. sein Interesse ist auf nicht weniger gerich-

---

1) Ebenso Heinemann S. 69.

tet als Bestand und Erfüllung der ganzen Verbindlichkeit über die festvereinbarte Dauer. Dabei ist es ohne Belang, ob die lange Vertragsdauer gerade ihm besonders angelegen war. Auch wenn hierfür vielmehr der Wunsch der Gesellschaft ausschlaggebend war, etwa weil sie einer Miet- oder Pachtsache für lange Zeit sicher sein wollte, hat der Gläubiger, der diesem Anliegen erst einmal entsprochen hat, ein berechtigtes Interesse an dem sicheren Bestand dieses Schuldverhältnisses. Denn mit dem Vertragsschluß hat er sich in seinen Dispositionen für lange Zeit auf die Gesellschaft eingerichtet. Er hat nicht mehr die Wahl des Vertragspartners und ebenso verzichtet er auf jegliche Alternative hinsichtlich der von ihm zu erbringenden Vertragsleistungen.

Was angesichts dieser Interessenlage unter den Beteiligten einen Ausgleich von Entlastung des Ausgeschiedenen und Kündigungsrecht des Gläubigers verbietet, was danach umso mehr die fortbestehende Haftung des Gesellschafters zum Schutze des OHG-Gläubigers fordert, ist das allgemeine G e b o t d e r V e r t r a g s t r e u e. Diese Grundregel allen Vertragsrechts verlangt im Interesse der Rechtssicherheit, daß Verträge, die von der Rechtsordnung herausgebildet und von ihr gebilligt werden, ungestört fortbestehen und alle Beteiligten sich auf den Bestand wie auf die Verpflichtungswirkung des Vertrages verlassen können. Zwar kann dieser Grundsatz zur Vermeidung untragbarer Ergebnisse zu durchbrechen sein, wenn ganz besondere außergewöhnlich einschneidende Änderungen des Vertragsverhältnisses eingetreten sind, angesichts derer ein unverändertes Festhalten am Vertrag gegen Treu und Glauben verstoßen würde; hier kann also die Vertragstreue eine Grenze finden, wie sie insbesondere in den Lehren von der clausula rebus sic stantibus, vom Wegfall der Geschäftsgrundlage sowie für das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gezogen worden ist[1]. Dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer OHG kann jedoch

---

1) Vgl. die Übersicht bei Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, § 41.

nicht generell eine solche Wirkung zuerkannt werden. Angesichts der aufgezeigten Interessen der übrigen Beteiligten ist es nicht angängig, den Bestandsschutz eines langfristigen Schuldverhältnisses, an dem eine OHG beteiligt ist, geringer zu achten und dessen Bestand schlechthin von dem Mitgliederbestand der Gesellschaft abhängig zu machen.

Wie danach dem Gläubiger ein generelles Lösungsrecht versagt sein muß, so muß es auch dem ausscheidenden Gesellschafter nach dem Grundsatz der Vertragstreue allgemein verwehrt sein, die eingegangene vertragliche Bindung einseitig aufzuheben. Dem steht nicht entgegen, daß im Rechtsverkehr nach außen wegen § 124 HGB nicht er sondern die Gesellschaft als Vertragspartner auftritt, mithin das Gebot der Vertragstreue in erster Linie an die Gesellschaft gerichtet ist. Dies folgt schon daraus, daß die OHG, mag sie sich auch wegen § 124 HGB einer juristischen Person nähern[1], dennoch keine juristische Person ist[2]. Träger aller Rechte und Verpflichtungen sind die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung zur Gesellschaft. Sie sind gemeinschaftlich an dem Vermögen der Gesellschaft berechtigt und dem entspricht die gemeinschaftliche Verpflichtung, für die Schulden der Gesellschaft einzustehen und zwar sowohl mit dem gesamthänderisch gebundenen wie auch gem. § 128 HGB mit dem eigenen ganzen Vermögen. Diese besondere Rechtsnatur der OHG läßt es gerechtfertigt erscheinen, ihre Gesellschafter im Hinblick auf die vertragliche Bindung nicht anders zu behandeln als eine Mehrzahl von Vertragspartnern. Was für sie alle in ihrer Verbundenheit als Gesellschaft gilt, hat deshalb auch Wirkung allein für den Ausscheidenden, nämlich die Verpflichtung, zu seinem gegebenen Wort zu stehen und die eingegangene Vertragsbindung auch einzuhalten.

Daß dem Gesellschafter aus der fortbestehenden Bindung erhebliche Nachteile erwachsen können, hat demgegenüber außer Be-

---

1) RGZ 136, 402, 406.
2) Ganz herrschender Ansicht, vgl. statt vieler R. Fischer in Großkomm. z. HGB § 124 Anm. 1 ff.

tracht zu bleiben. Wer einen Vertrag auf längere Zeit schließt, übernimmt allgemein das Risiko einer ungünstigen Wendung ebenso, wie er die Vorteile einer günstigen Verschiebung der Situation genießt. Dieser Grundsatz gilt in besonderem Maße für den Gesellschafter einer OHG, dem die mögliche Änderung der Verhältnisse durch ein freiwilliges oder unfreiwilliges Ausscheiden aus dem Unternehmen jederzeit gegenwärtig ist. Wenn er trotzdem eine langfristige Vertragsbeziehung bejaht, so nimmt er damit Risiken auf sich, die ihm in Umfang und Dauer wohlbekannt sind und von denen freizuwerden im Rahmen einer an das zufällige Ereignis seines Ausscheidens anknüpfenden Frist er deshalb berechtigterweise nicht verlangen kann. Der Vertragsschluß ermöglicht den Beteiligten, ihre Interessen im voraus festzulegen und Rechtsbeziehungen ins Leben zu rufen, die nach ihrem übereinstimmenden Willen über lange Zeit Bestand haben sollen. Eine solche vertragliche Bindung kennt jedoch nur eine natürliche Grenze, nämlich den Ablauf der Vertragszeit, und eine andere Frist kann auch dem ausscheidenden OHG-Gesellschafter nicht zugute kommen.

Den Befürwortern einer generellen Haftungsbegrenzung ist abschließend noch folgendes entgegenzuhalten: Zu Unrecht knüpfen sie in ihrer Betrachtung stets allein an das Ereignis des Ausscheidens an. Dabei übersehen sie, daß mit ihrer hier getroffenen Wertung dem Sicherungszweck der persönlichen Gesellschafterhaftung Grenzen gezogen werden, an denen jedenfalls im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in Wahrheit keinem der Gesellschafter gelegen sein kann. Das wird deutlich, vergegenwärtigt man sich die schon oben im Vergleich zu dem Fall der Auflösung der Gesellschaft angedeuteten Konsequenzen, die angesichts eines so begrenzten Gläubigerschutzes aus dessen Sicht zu ziehen sein könnten.
Müßte der Gläubiger einer OHG stets mit der befristeten Haftung eines ausscheidenden Mitglieds rechnen, wäre er vor einer längerdauernden Bindung mit einer Gesellschaft, in deren Vertrag die entsprechenden Fortsetzungsklauseln enthalten sind, immer

dann gewarnt, wenn die Kreditwürdigkeit der einzelnen Teilhaber für ihn von wesentlicher Bedeutung ist. Obgleich er sich zu dem Vertragsschluß nur im Hinblick auf das Vermögen aller vorhandenen Gesellschafter bereitfinden will, hätte er zu befürchten, daß sich gerade vermögende Mitglieder von dem Unternehmen trennen. Er müßte dann damit rechnen, daß ihm zu einem späteren Zeitpunkt, z.B. für noch ausstehende Rentenzahlungen oder Kreditraten, für die weitere Erfüllung von Lieferverträgen oder Miet- bzw. Pachtverhältnissen und insbesondere für die bei Vertragsablauf fälligen Ansprüche wie auf ordnungsmäßige Rückgabe von Miet- oder Pachtsache, Kreditrückzahlung etc., nur noch einzelne wenig vermögende Gesellschafter zur Verfügung stehen. Wenn nun der Gläubiger diese Risiken überblickt und sie einzugehen scheut, so kann das nur zur Folge haben, daß er sich hinsichtlich der zu vereinbarenden Vertragsdauer an dem nächstmöglichen Ausscheiden und einer dann laufenden Haftungsfrist orientiert. Soweit der wirtschaftliche Sinn des Geschäfts, wie z.B. beim Kauf auf Rentenbasis oder im Falle notwendiger, umfangreicher Leistungsvorbereitung, mit einer kürzeren Vertragszeit nicht zu verwirklichen ist, müßte er den Vertragsschluß mit der OHG überhaupt verweigern. So betrachtet führt aber die generelle Befristung der Haftung des ausscheidenden Gesellschafters zugleich auch zu einer generellen Begrenzung der Kreditwürdigkeit des Unternehmens. Die Folge ist eine bedenkliche Behinderung hinsichtlich langfristig zu schließender Verträge, auf die eine OHG, die regelmäßig für eine längere Zeit geplant ist, in besonderem Maße angewiesen sein kann.

Ein weiteres kommt hinzu: Die aufgezeigten Konsequenzen sind selbst für den Fall denkbar, wo der Gläubiger mit nur einem besonders vermögenden Gesellschafter als Einzelperson den langfristigen Vertrag ohne weiteres zu schließen bereit gewesen wäre, da ihm jener als alleiniger Vertragspartner auf jeden Fall für die gesamte Vertragsdauer als Schuldner erhalten geblieben wäre. Eine generelle Haftungsbegrenzung hätte damit zugleich die Konsequenz, daß der Gläubiger im Hinblick auf eine langfristige Vertragsbeziehung die Gesellschaft unter Umständen als weniger kreditwürdig betrachten müßte, als den einzel-

nen Gesellschafter, mithin die Kreditfähigkeit der Gesamtheit der Gesellschafter die eines einzelnen Mitglieds unterschreiten könnte.
Derartige Konsequenzen stehen indes nicht nur offenkundig im Widerspruch zu dem Haftungszweck der §§ 105, 128 HGB, wonach gerade die Gesamtheit der Gesellschafter und die Zusammenfassung ihrer Einzelvermögen als Haftungsobjekt dem Unternehmen die notwendige Kreditbasis geben und eine besondere wirtschaftliche Stärke verleihen sollen. Sie laufen überdies vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses her betrachtet offenkundig auch den Interessen a l l e r hieran beteiligten Gesellschafter zuwider. Die offene Handelsgesellschaft wird natürlicherweise auch im Hinblick auf langfristige Schuldverhältnisse ihre besondere Stärke nutzen wollen. Sie wird also entsprechend ihren wirtschaftlichen Bedürfnissen für derartige Verträge mit eben dieser Addition von Gesellschaftsvermögen und Einzelvermögen ihrer Träger gleichermaßen kreditwürdig erscheinen und um Vertrauen werben wollen. Das heißt aber, daß die Gesellschaftsmitglieder in diesem Zeitpunkt an einer wie auch immer gearteten möglichen Haftungsbegrenzung vor dem in Aussicht genommenen Vertragsablauf nicht interessiert sein können und an diese Interessenlage mag auch derjenige Gesellschafter erinnert werden, der vor Beendigung des Vertrages aus dem Unternehmen ausgeschieden ist.

bb) Unbefristete beiderseitig kündbare Schuldverhältnisse

Eine grundsätzlich andere Wertung ist bei solchen Schuldverhältnissen vorzunehmen, die auf eine zunächst unbestimmte Dauer geschlossen werden mit dem Recht eines jeden Vertragsteils, diese Verträge unter Einhaltung gewisser Fristen zu näher bestimmten Zeitpunkten zu kündigen. Die Parteien haben hier mit der eingeräumten Kündigungsbefugnis Rechtsbeziehungen ins Leben ge-

rufen, die nach ihrem übereinstimmenden Willen nicht den festen Bestand haben, den die Rechtsordnung diesen ohne eine entsprechende Abrede gewähren würde. Unter Berücksichtigung dieses eingeschränkten Bestandsschutzes und der in Aussicht genommenen unbestimmten Dauer des Schuldverhältnisses einerseits sowie des Haftungszwecks der §§ 105, 128 HGB andererseits kommt hier generell nach Ablauf der nächstfolgenden Kündigungsfrist nach dem Ausscheiden eine Befreiung des ehemaligen Gesellschafters in Betracht. Dies gilt ohne Unterschied, ob nach dem Vertragsinhalt eine jeweils neu zu erbringende Leistung, wie z.B. bei Lieferverträgen, oder aber die andauernde Überlassung von Sachen, wie z.B. bei Miete, Pacht oder Darlehen, geschuldet wird, oder aber der Gläubiger lediglich ihm gehöriges Rechtsgut, wie z.B. bei Verwahrung oder Leihe, der Gesellschaft übergeben hat.

Welche Risiken dem ausgeschiedenen Gesellschafter mit einer fortbestehenden Haftung aus Verträgen mit unbestimmter Dauer aufgebürdet werden, ist bereits oben eingehend erläutert worden. Anders als bei Verträgen mit festbestimmter Dauer, bei denen dem Ausgeschiedenen immerhin auch die sichere Kenntnis über das Ausmaß seiner Verpflichtungen entgegenzuhalten ist, drohen ihm hier Belastungen, die in Umfang und Dauer völlig unabsehbar sind. Die Folge wäre, daß er ungeachtet seiner Trennung noch für lange Zeit mit dem Unternehmen wirtschaftlich so eng verbunden bleibt, daß dessen späterer Zusammenbruch leicht auch seine Existenz gefährden kann. Demgegenüber vermag der ehemalige Gesellschafter selbst kaum Maßnahmen zu seinem Schutz zu treffen. Wegen der Aufgabe seiner Mitgliedschaft ist er weder imstande, selbst auf eine Beendigung der ihn belastenden Verträge hinzuwirken, noch vermag er auf die Gesellschaft einen entsprechenden Zwang auszuüben, noch wird er im allgemeinen in der Lage sein, Sicherheiten in ausreichendem Umfang bereitzustellen.

Zieht man angesichts des deutlichen Entlastungsbedürfnisses die Befreiung des Ausgeschiedenen in Betracht, so erscheint der Gläubiger jedenfalls dann einem unvergleichlich geringeren Risiko ausgesetzt, wenn ihn der Schuldnerverlust nicht vor Ablauf der nächstmöglichen Kündigungsfrist nach dem Ausscheiden trifft und er überdies von dem Ereignis rechtzeitig in Kenntnis gesetzt worden ist.

Dem Entlastungsinteresse des ausscheidenden Gesellschafters steht auf Seiten des Gläubigers ein doppeltes Interesse gegenüber. Zu unterscheiden ist hier zwischen dem S i c h e r u n g s i n t e r e s s e und dem F o r t s e t z u n g s i n t e r e s s e. Das bedeutet, der Gläubiger ist einmal daran interessiert, vor dem Verlust von Sicherheiten geschützt zu werden, auf die vertrauend er sich zu bestimmenden Leistungen unwiderruflich verpflichtet hat; ferner geht sein Interesse dahin, daß das Schuldverhältnis trotz Ausscheidens eines Gesellschafters mit unveränderter Haftungsgrundlage über den jeweiligen Mindestzeitraum hinaus fortgesetzt wird. Eine Befreiung des Ausgeschiedenen nach Ablauf der nächstfolgenden Kündigungsfrist beeinträchtigt den Gläubiger lediglich hinsichtlich seines Fortsetzungsinteresses.

Der durch ein Kündigungsrecht begrenzte Bestandsschutz eines Schuldverhältnisses geht regelmäßig einher mit einem ebenso begrenzten Sicherungsinteresse des Gläubigers. Das äußert sich im Unterschied zu den langfristigen Verträgen mit festbestimmter Dauer praktisch darin, daß etwa eine vom Gläubiger zu erbringende Vorleistung regelmäßig nicht über den begrenzten Zeitraum bis zur nächsten Kündigungsmöglichkeit des Vertragspartners hinausreicht, es sei denn, daß, wie z.B. bei Kreditverträgen, eine Rückgewährpflicht besteht. Ebensowenig ist denkbar, daß sich ein Gläubiger in der oben beschriebenen Weise zwecks Vorbereitung seiner Leistungen zu außergewöhnlichen Anstrengungen bereitfindet, wenn er eine als Äquivalent erforderliche besonders lange Vertragsdauer wegen der Kündigungsmöglichkeit der OHG nicht erzwingen kann. Schließlich läßt sich auch nicht sagen, der Gläubiger habe sich in vergleichbarer Weise in seinen Dis-

positionen auf die Gesellschaft eingerichtet. Im Rahmen der eingeräumten Kündigungsbefugnis hat er vielmehr jederzeit mit der Beendigung des Vertrages zu rechnen und dementsprechend aktualisiert sich jeweils die Frage nach dem Vertragspartner sowie nach einer anderweitigen Verwendung seiner Leistungen.

Wird nun dem Gläubiger ein aus der OHG ausscheidender Gesellschafter nach Ablauf der nächstfolgenden Kündigungsfrist als Schuldner entzogen, ist darin eine Beeinträchtigung des so begrenzten Sicherungsinteresses nicht zu erblicken, sofern er nur rechtzeitig auf das Ausscheiden hingewiesen worden ist. Denn alsdann ist er dem drohenden Schuldnerverlust durchaus nicht schutzlos ausgeliefert. Ihm steht es vielmehr frei, angesichts der veränderten Kreditbasis des Unternehmens zu seinem Schutz von dem Kündigungsrecht Gebrauch zu machen mit der Folge, daß er von seinen Verpflichtungen für die Zukunft frei wird und mit Ablauf der bestimmten Frist etwaige Herausgabe- und Rückgewähransprüche geltend machen und dabei außer auf die OHG und die in ihr verbliebenen Mitglieder auch auf den ausgeschiedenen Gesellschafter zurückgreifen kann.
Eine Enthaftung des Ausgeschiedenen beeinträchtigt hingegen das Fortsetzungsinteresse des Gläubigers, d.h. versagt wird ihm jedenfalls die Fortsetzung des Schuldverhältnisses mit dem Ausgeschiedenen als Schuldner. Ihm bleibt vielmehr nur die Wahl, das Vertragsverhältnis unter den veränderten Bedingungen fortzuführen oder aber es im Interesse der eigenen Sicherheit durch Kündigung zu beenden. Das bedeutet, daß er schlimmstenfalls gezwungen ist, die OHG als wohlmöglich wertvollen Vertragspartner aufzugeben, obgleich er ursprünglich an der Beziehung festzuhalten gewillt war. Eine solche Beeinträchtigung des Fortsetzungsinteresses des Gläubigers erscheint indessen aus mehreren Gründen notwendig und gerechtfertigt.

Das Risiko, mit dem der Gläubiger hier als Folge des Ausscheidens eines Gesellschafters konfrontiert wird, ist zunächst nur ein Weniger zu dem Risiko, das er mit der Kündbarkeit des Schuldverhältnisses ohnehin auf sich genommen hat.

Es mag sein, daß er selbst eine langdauernde Bindung gescheut oder daß die Gesellschaft sich hierzu nicht bereitgefunden hat; jedenfalls haben die Parteien ein Schuldverhältnis mit begrenztem Bestandsschutz vereinbart und dieser äußert sich je nach dem Interesse an dem Fortbestand des Vertrages in ganz unterschiedlicher Weise. Die Parteien genießen einerseits den Vorteil der eigenen gelockerten Bindung; diese erhält ihnen im Unterschied zu Verträgen mit festbestimmter Dauer eine gewisse Dispositionsfreiheit und erlaubt ferner Wahrnehmung und Schutz der eigenen Interessen etwa durch rechtzeitigen Abbruch der Beziehungen, wenn sich ein Vermögensverfall der anderen Partei abzeichnet. Zugleich akzeptieren sie jedoch andererseits den Nachteil der unerwünschten Kündigung, d.h. die Beendigung der Schuldverhältnisse durch den Vertragspartner zur ungelegenen Zeit. Hat aber der Gläubiger dieses allgemeine Risiko der unerwünschten Vertragsbeendigung durch die OHG akzeptiert, so kann es ihn demgegenüber nur weniger belasten, wenn ihm nur ein Haftungsschuldner verloren geht und es ihm alsdann freigestellt ist, trotzdem an dem Vertrag mit der Gesellschaft festzuhalten oder seinerseits dessen Beendigung herbeizuführen.

Im übrigen ist es die Kollision mit dem schutzwerteren Entlastungsinteresse des ausscheidenden Gesellschafters, angesichts dessen das Fortsetzungsinteresse des Gläubigers zurücktreten muß.
Daß das Entlastungsinteresse des Ausgeschiedenen vorrangig Schutz verdient, folgt allerdings noch nicht allein aus der Tatsache, daß ihm anderenfalls erhebliche Belastungen in Umfang und Dauer drohen. Wie gezeigt, kann der Ausgeschiedene auch bei langfristigen Verträgen auf festbestimmte Dauer umfangreichen Verpflichtungen ausgesetzt sein und dennoch war aus den dargelegten Gründen seine Haftung zu bejahen. Entscheidend ist vielmehr, daß es nach Ausscheiden des Gesellschafters nicht mehr von den weiteren rechtsgeschäftlichen Entschließungen der Vertragsparteien, also der OHG mit den in ihr verbliebenen Ge-

sellschaftern einerseits und dem Gesellschaftsgläubiger andererseits, abhängig gemacht werden kann, in welcher Weise der Ausgeschiedene von einer weiteren Haftung für die Gesellschaftsverbindlichkeiten bedroht ist. Entsprechend der eingeräumten Kündigungsbefugnis ist es innerhalb der näher bestimmten Fristen jeweils erneut in das Belieben der Vertragspartner gestellt, ob sie von ihrem Recht, das Schuldverhältnis auslaufen zu lassen, Gebrauch machen wollen oder nicht. Entscheiden sie sich nun nach dem Ausscheiden eines Gesellschaftmitglieds für die Fortsetzung des Vertrages, so kann eine Haftung des betreffenden Gesellschafters hieran nicht geknüpft sein. Denn ein so ermöglichtes andauerndes Verpflichtetsein und -werden des früheren Gesellschafters würde sich teils schon als ein Eingriff in den Rechtskreis eines unbeteiligten Dritten darstellen, wie er durch das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter grundsätzlich ausgeschlossen sein soll. Vor allem aber würde das Prinzip der Gläubigersicherung des § 128 HGB eine ebenso sinnwidrige wie in den Folgen für den Ausgeschiedenen unerträgliche Ausweitung erfahren.

Da der ausgeschiedene Gesellschafter in den hier interessierenden Fällen am Vertragsschluß beteiligt gewesen ist, kann von einem "Vertrag zu Lasten eines Dritten" im eigentlichen Sinne keine Rede sein. Indessen wäre mit einer fortbestehenden Haftung eine durchaus vergleichbare Wirkung verbunden, so daß immerhin von einer "Vertragsfortsetzung zu Lasten eines Dritten" zu sprechen wäre. Ein Vertrag zu Lasten eines Dritten wird vom Gesetz nicht anerkannt und deshalb für unzulässig erachtet, weil es mit der rechtsgeschäftlichen Autonomie eines jeden Rechtssubjekts schlechthin unvereinbar ist, daß ein anderer ohne oder gegen seinen Willen für seinen Rechtskreis mit verbindlicher Wirkung zu handeln vermag[1]. Eben eine solche zustimmungslose Bindung droht aber dem ausscheidenden Gesell-

---

1) Vgl. Überblick bei Staudinger-Kaduk Vorbem. 64 vor § 328; der Streit um die Zulässigkeit einer sog. Verpflichtungsermächtigung ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung, da hier eine zustimmungslose Bindung in Frage steht.

schafter, wenn er für Verpflichtungen einstehen soll, die jedenfalls zu einem Teil - bei Herausgabe- oder Rückgewähransprüchen mag dies zweifelhaft erscheinen - allein durch den Entschluß der übrigen Beteiligten, über den in Aussicht stehenden nächsten Kündigungstermin hinauszugehen, ins Leben gerufen worden sind.

Dieser Feststellung könnte allerdings zweierlei entgegengehalten werden. Man könnte zum einen der Ansicht sein, der Gesellschafter, der mit dem Abschluß eines Vertrages auf unbestimmte Dauer seitens der Gesellschaft einverstanden ist, erkläre generell seine Zustimmung zur Fortführung des Vertrages, bis er von einem der Vertragspartner gekündigt werde. Zum anderen könnte auf den dogmatischen Ausgangspunkt hinsichtlich der zeitlichen Entstehung von Teilverbindlichkeiten innerhalb eines langfristigen Schuldverhältnisses verwiesen werden. Wie oben erläutert[1], wird einhellig davon ausgegangen, daß der Vertragsschluß zugleich auch schon sämtliche aus dem Schuldverhältnis fließende Teilverbindlichkeiten entstehen lasse und zwar ohne Rücksicht auf deren spätere Fälligkeit. Hieraus scheint weiter zu folgen, daß von einer zustimmungslosen Bindung des Gesellschafters nach seinem Ausscheiden keine Rede sein kann. Beide Einwände können indes nicht überzeugen.

Die Annahme eines generellen Einverständnisses des Gesellschafters wäre offenkundig eine reine Fiktion. Keiner der Gesellschaftsmitglieder denkt daran, sich einer unbegrenzten Bindung auszusetzen, die ihn im Falle seines Ausscheidens noch über lange Jahre hinaus belasten könnte. Vielmehr wird man allgemein davon ausgehen, daß im Rahmen der vereinbarten Kündigungsfristen jeweils neu über die Fortführung des Vertrages zu entscheiden ist und das entsprechende Einverständnis jeweils der Erneuerung bedarf. Hieran fehlt es aber bei dem Gesellschafter, der zwischenzeitlich aus dem Unternehmen ausgeschieden ist.

Der zweite Einwand ist deshalb nicht überzeugend, weil jener dogmatische Ansatz kaum zweifelsfrei ist und jedenfalls nicht

---

1) Vgl. oben S. 89.

zu derartigen Schlußfolgerungen Anlaß geben kann. Ein Gegenbeispiel ist die für diese Untersuchung ohnehin noch bedeutsame Bestimmung § 613a BGB, deren Absatz 2 offenkundig eine andere Vorstellung von der Entstehung von Teilverbindlichkeiten im Rahmen eines längerfristigen Schuldverhältnisses zugrundeliegt. Die Vorschrift bestimmt für den Fall eines Betriebsinhaberwechsels in Absatz 1 den Übergang der bestehenden Arbeitsverhältnisse auf den neuen Inhaber. Absatz 2 regelt die weitere Haftung des früheren Inhabers für Verpflichtungen aus diesen Arbeitsverhältnissen und ordnet sie insoweit an, als diese "vor dem Zeitpunkt des Übergangs entstanden sind". Damit ist aber hinsichtlich der Entstehung von Teilverpflichtungen eine Unterscheidung getroffen worden, die auf den Vertragsschluß sichtlich keinen Bezug nimmt. Allgemeine Zweifel an jenem Ausgangspunkt läßt im übrigen auch der in diesem Zusammenhang uneinheitliche und wenig konsequente Sprachgebrauch erkennen. So wird häufig zwischen den bereits im Zeitpunkt des Ausscheidens begründeten Verbindlichkeiten einerseits und den nach diesem Zeitpunkt "neu erwachsenden"[1] bzw. "späteren"[2] Ansprüchen andererseits unterschieden oder es ist noch deutlicher von den "nachträglich"[3] bzw. "neu"[4] entstandenen Teilverbindlichkeiten die Rede. Dieser scheinbar widersprüchliche Sprachgebrauch hat jedoch gerade bei den hier in Frage stehenden beiderseits kündbaren Schuldverhältnissen einen durchaus zutreffenden Kern. Auszugehen ist nämlich von der Tatsache, daß die eingeräumte Kündigungsbefugnis die vertragliche Bindung der Parteien begrenzt und daß es zu einer Erweiterung dieser Bindung eines jeweils neuen Entschlusses der Vertragsparteien bedarf, von ihrem Kündigungsrecht keinen Gebrauch zu machen. Soweit sich aber aus dieser - negativen - Entschließung weitere Vertragspflichten ergeben, wie z.B. zukünftige Miet- und Pachtzinsen, Kreditzinsen, Ansprüche auf weitere Lieferungen oder deren Bezahlung usw., ist auch nicht zu bezweifeln, daß

---

1) So z.B.: BGHZ 36, 224, 229 = NJW 1962, 536, 537; R. Fischer in Großkomm. z. HGB § 128 Anm. 53; Hueck, OHG, § 29 Fn. 44.
2) Kornblum S. 177.
3) Heyn NJW 1959, 923.
4) Flume, Festschr. f. Alexander Knur, S. 140.

derartige Ansprüche, mag man auch den Vertragsschluß als Entstehungsgrundlage betrachten und sie deshalb nur als später "fällig" werdend bezeichnen, jedenfalls erst r e a l i s i e r t werden durch eben diesen Entschluß der Parteien, an dem Vertrage festzuhalten. Hieran hat jedoch der Ausgeschiedene auf Seiten der OHG weder mitgewirkt, noch hat er in irgendeiner Weise auf diese Entschließung Einfluß nehmen können. Ihn dennoch einer Haftung für diese Verpflichtungen zu unterwerfen hieße danach einen Eingriff in seinen Rechtskreis ermöglichen, wie er bereits mit dem generellen Verbot von Verträgen zu Lasten eines Dritten unvereinbar erscheint.

Dieselben Konsequenzen und nunmehr auch die ihnen entsprechenden Folgerungen hinsichtlich jener Ansprüche, die wie Herausgabe- und Rückgewähransprüche durch das Unterlassen der Kündigung nicht erst ins Leben gerufen, sondern lediglich in ihrer Fälligkeit ausgesetzt werden, sind unmittelbar aus Sinn und Zweck der in § 128 HGB bestimmten persönlichen Gesellschafterhaftung herzuleiten. Hier ist zwar das Prinzip der Gläubigersicherung herrschend; doch wird dieses als Folge der gesetzlichen Ausscheidensregelung durch das Prinzip begrenzt, daß der ausgeschiedene Gesellschafter durch neue rechtsgeschäftliche Entschließungen von Gesellschaft und Gläubiger weitere Belastungen nicht mehr erfahren darf.
Wenn das Gesetz einerseits in § 128 HGB die unbeschränkt persönliche und selbstschuldnerische Haftung für die Verbindlichkeiten der OHG an die Gesellschaftereigenschaft knüpft und andererseits mit den Bestimmungen §§ 138 - 142 HGB den Wechsel von Gesellschaftern ermöglicht, so beruht das auf dem Gedanken, daß die Mitglieder der Gesellschaft nicht untrennbar verbunden sein können und deshalb die Haftung für die Gesellschaftsschulden grundsätzlich mit der Gesellschaftereigenschaft stehen und fallen soll. Dieser Grundsatz erfährt zwar, wie § 159 HGB bestätigt, eine bedeutsame Durchbrechung. Aus der Sicherungsfunktion der Gesellschafterhaftung folgt, daß der Wegfall der Gesellschaftereigenschaft die Haftung nicht beseitigen kann, soweit die Verbindlichkeiten der OHG bereits vor diesem Zeit-

punkt begründet waren. Da diese Verpflichtungen noch unter der Teilhaberschaft des Ausscheidenden eingegangen worden sind, hat er die damit verbundenen Risiken auf sich genommen und dem Gesellschaftsgläubiger eine Sicherheit für seine Ansprüche versprochen, die diesem nicht zufällig und willkürlich entzogen werden darf. Soweit aber die Gesellschaft neue Geschäfte abschließt, hat der Wegfall der Gesellschaftereigenschaft zur Folge, daß eine Haftung des Ausgeschiedenen für diese Verpflichtungen nicht entsteht. Damit dem Gesellschafter einer OHG die Trennung von dem Unternehmen nicht unnötig erschwert oder gar praktisch versagt ist, wird ihm eingeräumt, sich jedenfalls in Anbetracht der zukünftigen Geschäfte aus dem Haftungsverband zu lösen. Dementsprechend soll es der Gesellschaft und ihren Vertragspartnern verwehrt sein, den ehemaligen Gesellschafter ungeachtet seines Ausscheidens weiterhin als Kreditgrundlage zu behandeln und ihm Risiken aufzuerlegen, an deren Entstehung er gänzlich unbeteiligt war. Jene sollen vielmehr den veränderten Umständen Rechnung tragen müssen, was bedeutet, daß weder die Gesellschaft weiterhin mit dem Ausgeschiedenen um Kredit werben noch der Gesellschaftsgläubiger auf dessen zukünftige Haftung vertrauen darf.

Überträgt man diese Grundgedanken auf die für unbestimmte Dauer mit beiderseitigem Kündigungsrecht abgeschlossenen Schuldverhältnisse, so kann eine Haftung des ehemaligen Gesellschafters nach Ablauf der nächstfolgenden Kündigungsfrist grundsätzlich nicht mehr in Betracht kommen. Zwar muß innerhalb dieses Zeitraums seine Haftung uneingeschränkt fortbestehen, da die Gesellschaft insoweit eine unwiderrufliche Bindung eingegangen ist und der Ausgeschiedene mit seiner früheren Beteiligung an dem Unternehmen dementsprechende Sicherheit versprochen hat. Wenn sich aber alsdann Gesellschaft und Gesellschaftsgläubiger in Kenntnis des Ausscheidens zu einer Ausdehnung der Vertragsbindung entschließen, können sämtliche hieraus erwachsenden Risiken dem Ausgeschiedenen nicht mehr angelastet werden. Denn anderenfalls würde eine krasse Überschreitung der Grenzen ermöglicht, die der persönlichen Gesellschafterhaftung bei der

OHG ansonsten durch die im Gesetz vorgesehene Möglichkeit des Ausscheidens von Mitgliedern gezogen sind: Den Vertragspartnern wäre alsdann nämlich erlaubt, das Ausscheiden eines Gesellschafters zu ignorieren, ihn für ungewisse Dauer weiterhin als Teil der Kreditgrundlage des Unternehmens zu nutzen und damit seine Trennung von dem Unternehmen zu erschweren, wenn nicht gar vollends in Frage zu stellen.

Das wird am ehesten deutlich bei den schon näher behandelten Ansprüchen, die tatsächlich erst durch die jeweilige Entschließung der Vertragspartner, von einer gegebenen Kündigungsmöglichkeit abzusehen, ins Leben gerufen werden. Man denke etwa an den Gesellschaftsgläubiger als Vermieter bzw. Verpächter oder als Lieferanten von umfangreichen Rohstofflieferungen. Würde dieser Gläubiger ohne die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters die Fortsetzung der Vertragsbeziehung mit der OHG verständigerweise in Frage stellen müssen und könnte er nun in der Gewißheit, daß ihm jener auch für weiterhin erwachsende Ansprüche auf Miet- bzw. Pachtzinsen oder die Bezahlung von Teillieferungen als Schuldner erhalten bleibe, an dem Vertrag mit der Gesellschaft festhalten, so ist nicht zu leugnen, daß damit das Ausscheiden beiderseits ignoriert und der ehemalige Gesellschafter als nunmehr gänzlich Unbeteiligter auch für die Zukunft als vielleicht entscheidender Teil der Kreditbasis des Unternehmens behandelt wird. Zugleich könnte sein Ausscheiden selbst bereits in Frage gestellt sein. Denn dem betreffenden Gesellschafter mag es angesichts der mit der fortbestehenden Haftung verbundenen Risiken gefahrloser erscheinen, eine Vertragsbeendigung seitens des Gläubigers oder der Gesellschaft abzuwarten, in diesem Zeitraum die Entwicklung des Unternehmens zu kontrollieren und überdies auch an den mit diesen Geschäften verbundenen Vorteilen teilzuhaben.

Dieselben sinnwidrigen Konsequenzen drohen in Wahrheit aber nicht minder, wenn der Ausgeschiedene für solche Verpflichtungen weiterhaften müßte, die wie Herausgabe- und Rückgewähransprüchen im Falle einer Kündigung des Schuldverhältnisses durchaus auch

gegen ihn hätten geltend gemacht werden können. Denn würde man den betreffenden Gesellschafter zwar von den durch die Vertragsfortführung zusätzlich erwachsenden Ansprüchen freistellen, ihn aber hinsichtlich der Herausgabe- oder Rückgewähransprüche etwa mit der Begründung des BGH[1], es handele sich hierbei jedenfalls nicht um eine nach dem Ausscheiden "neu erwachsende Verbindlichkeit", stets bis zum Vertragsablauf haften lassen, so hieße auch das noch, dem Ausgeschiedenen als Unbeteiligten ein beliebig zu erweiterndes Vertragsrisiko aufzuerlegen, ihn noch im Nachhinein als Kreditgrundlage für das Unternehmen nutzbar zu machen und wohlmöglich das Ausscheiden selbst bereits in Frage zu stellen.

Ein anschauliches Beispiel bietet hierfür schon der jenen Ausführungen des BGH zugrundeliegende Fall der schuldhaften Verletzung eines Depotvertrages. Die Verbindlichkeit der Gesellschaft erschöpfte sich dort in der Verwahrungs- und Herausgabepflicht. Die vom BGH angenommene Haftung des Ausgeschiedenen bedeutete danach nichts weniger, als seine Trennung von dem Unternehmen völlig zu ignorieren und ihn für ungewisse Dauer praktisch das gesamte Vertragsrisiko mittragen zu lassen. Zugleich war damit die Haftung in einem Umfang befürwortet, der den Gesellschafter, dessen Beteiligung eine solche Geschäfte üblicherweise betreibende Bank betraf, durchaus von einem Ausscheiden aus dem fortbestehenden Unternehmen überhaupt hätte abhalten können.

Man denke des weiteren an Miet- oder Pachtverträge, bei denen eine wertvolle Miet- oder Pachtsache an die Gesellschaft übergeben worden ist. Hier würde eine solche Haftung die Möglichkeit eröffnen, daß sich der Gläubiger zur Fortführung des Vertrages mit der OHG etwa mit der Überlegung bereitfindet, daß er gegen den Verlust von Miet- oder Pachtzins durch eine kurzfristige Kündigungsmöglichkeit geschützt sei, für den dann

---

1) BGHZ 36, 224, 229 = NJW 1962, 536, 537; vgl. auch oben S. 74.

fälligen Anspruch auf ordnungsmäßige Rückgabe der vielleicht verschlechterten Miet- oder Pachtsache aber gerade auch der Ausgeschiedene weiterhin die notwendige Sicherheit abgebe. Eine solche Risikoverteilung ist jedoch von dem Sicherungszweck der Gesellschafterhaftung keinesfalls gedeckt. Wenn es nach dem Ausscheiden des Gesellschafters den Vertragspartnern freisteht, das Miet- oder Pachtverhältnis alsbald auslaufen zu lassen, sie jedoch mit dem Unterlassen einer möglichen Kündigung stillschweigend die Fortsetzung des Schuldverhältnisses beschließen, so hat der ehemalige Gesellschafter mit sämtlichen und also auch den hieraus dem Gläubiger hinsichtlich der Miet- oder Pachtsache erwachsenden Risiken kaum mehr zu tun, als wenn zu diesem Zeitpunkt ein neuer Miet- oder Pachtvertrag abgeschlossen worden wäre. Ebenso wie aber der Ausgeschiedene aus einem solchen neuen Vertrag in keiner Weise haftbar zu machen wäre, können ihm auch die mit der weiteren Überlassung der Miet- oder Pachtsache neu geschaffenen Risiken nicht mehr angelastet werden. Die aufgezeigten Grenzen der persönlichen Gesellschafterhaftung fordern vielmehr, dem Ausgeschiedenen die absichtsvoll gelockerte Bindung der Vertragsparteien zugute kommen zu lassen und jene im Rahmen der diesbezüglichen Vereinbarung auf die eigene Wahrnehmung ihrer Interessen zu verweisen. Das kann hinsichtlich der Ansprüche gegen die OHG auf ordnungsmäßige Rückgabe der Miet- oder Pachtsache aber nur heißen, daß sich der Gesellschaftsgläubiger als Anspruchsberechtigter entscheiden mag: Ist sein Interesse vor allem auf den Erhalt der OHG als Mieter bzw. Pächter gerichtet, so mag er an den Vertrag festhalten und für die Zukunft den Verlust des Ausgeschiedenen als Schuldner in Kauf nehmen. Hat er hingegen Zweifel an der zukünftigen Verläßlichkeit des Unternehmens oder glaubt er insbesondere, schon vorhandene Verschlechterungen an der Miet- oder Pachtsache besorgen zu müssen, so mag er kündigen, um sich hierfür auch an den ausgeschiedenen Gesellschafter halten zu können.

Am deutlichsten wird indes die Notwendigkeit eines vollständigen Haftungsausschlusses am Beispiel der auf Kündigung stehenden Kreditverträge, wozu insbesondere auch der Kontokorrentkredit gehört. In den zuvor genannten Beispielsfällen der Verwahrungs-, Miet- oder Pachtverträge wäre - wie es ja verschiedentlich befürwortet, vom BGH allerdings ausdrücklich abgelehnt wird[1] - immerhin denkbar, den Ausgeschiedenen vor besonders krassen Haftungsfolgen, wie z.B. für eine von der Gesellschaft verschuldete Unmöglichkeit, mittels entsprechender Anwendung der §§ 425, 275 Abs. 2 BGB zu schützen. Ein solcher Schutz würde jedoch bei den Kreditverträgen versagen, da es sich hier bei dem Rückgewähranspruch um eine Gattungsschuld und zwar i.d.R. um eine Geldschuld handelt und deshalb der Ausgeschiedene sich gem. § 279 BGB auf ein Unvermögen zur Leistung nicht berufen kann.
Die fortbestehende Haftung des Ausgeschiedenen bedeutete danach, daß er auf jeden Fall in voller Höhe des vereinbarten Kredites bzw. beim Kontokorrentverhältnis in voller Höhe des bei seinem Ausscheiden bestehenden Tagessaldos verhaftet bliebe. Das eröffnete jedoch kaum erträgliche Konsequenzen. Hier wäre es nämlich den Vertragsparteien noch sehr viel unmittelbarer als in den obengenannten Beispielen ermöglicht, das Ausscheiden des Gesellschafters zu ignorieren, ihn auch für die Zukunft als wesentlichen Teil der Kreditbasis des Unternehmens zu behandeln und damit je nach Höhe der Verbindlichkeit schon das Ausscheiden selbst als ein gefährliches Wagnis erscheinen zu lassen. Im Einzelfall bedeutete dies nicht nur, daß das Risiko der Kreditgewährung auf Kosten auch des Ausgeschiedenen über beliebige Zeiträume - in dem Fall BGH NJW 1974, 100[2] waren zwischen Ausscheiden des Gesellschafters und Inanspruchnahme immerhin mehr als vier Jahre verstrichen - gestreckt werden könnte. Es wäre überdies auch der Willkür der Parteien überlassen, dieses Haftungsrisiko als Folge ei-

---

1) Vgl. oben S. 71 ff.
2) = DB 1973, 2240; vgl. auch oben S. 68 ff.

ner nachträglichen ungünstigen Entwicklung des Unternehmens erst praktisch werden zu lassen.
Der Gesellschafter mag sich von dem Unternehmen zu einem Zeitpunkt getrennt haben, wo die Kreditverhältnisse lediglich aus Gründen einer wirtschaftlich zweckmäßigen Finanzierung bestanden und die vorhandene Aktiva jederzeit eine volle Deckung versprachen. Droht nun das Unternehmen notleidend zu werden, würde es bei einer fortbestehenden Haftung den Parteien freigestellt sein, die weitere Entwicklung entscheidend auf dem Rücken des ehemaligen Gesellschafters auszutragen. So könnten die um Sanierung bemühten verbliebenen Gesellschafter unter Hinweis auf den Ausgeschiedenen um die Verlängerung der Kredite bitten, und der Gesellschaftsgläubiger könnte dem entsprechen, solange er den Rückzahlungsanspruch durch die Vermögensverhältnisse des Ausgeschiedenen gesichert weiß, und solange die Gesellschaft wenigstens zur Erfüllung ihrer Zinsverpflichtungen imstande ist. Derartige Konsequenzen sind indes mit Sinn und Zweck der persönlichen Gesellschafterhaftung offenkundig unvereinbar. Ihnen läßt sich auch nicht etwa, wie es der BGH in der soeben erwähnten Entscheidung zum Kontokorrentkredit angedeutet hat[1)], damit abhelfen, daß dem Ausgeschiedenen für den Extremfall die Einrede des Rechtsmißbrauchs eingeräumt wird. Denn es würde häufig weder exakt auszumachen sein, bis zu welchem Zeitpunkt unter den konkreten Umständen eine fortgesetzte Kreditgewährung als noch der allgemeinen kaufmännischen Vernunft entsprechend und deshalb als nicht mißbräuchlich anzusehen war, noch darf die Haftung des Ausgeschiedenen von der natürlicherweise risikobehafteten Einschätzung des Gläubigers abhängig sein. Die dem Prinzip der Gläubigersicherung gesetzten Schranken fordern vielmehr auch hier, die Vertragsparteien auf ihre durch die Kündigungsbefugnis begrenzte Bindung zu verweisen und ihnen generell zu verwehren, den ausgeschiedenen Gesellschafter in ihre späteren Entschließungen in irgendeiner Weise miteinzubeziehen. Das bedeutet aber wiederum, daß es Sache des um die Sicherung seiner Ansprüche be-

1) AaO unter IV 1.

mühten Gläubigers sein muß, sich auf die veränderten Verhältnisse in der Gesellschaft einzustellen und notfalls den nächstzulässigen Kündigungstermin wahrzunehmen, um sich alsdann auch noch an den Ausgeschiedenen halten zu können.

Daß der Gläubiger danach zu einem alsbaldigen Zugriff gezwungen und damit möglicherweise der Fortbestand des Unternehmens gefährdet wird, kann dem nicht entgegengehalten werden; dieser Einwand überzeugt selbst dann nicht, wenn, wie der BGB dies unter Hinweis auf die besondere Abfindungsregelung von monatlich zu zahlenden Abfindungsraten angenommen hat[1], der Ausgeschiedene selbst an dem sicheren Fortbestand des Unternehmens interessiert erscheint. Wenn die Gesellschaft infolge eines solchen Kreditentzuges notleidend wird, so hat das seinen eigentlichen Grund nicht in dem Vorgehen des Gläubigers. Die Ursache ist hier vielmehr das Ausscheiden des Gesellschafters, der mit diesem Verhalten regelmäßig nichts anderes zum Ausdruck bringt als sein Desinteresse an dem zukünftigen Bestand des Unternehmens.
Das ergibt sich vor allem daraus, daß er, sofern nicht ein neuer, ebenso vermögender Gesellschafter an seine Stelle tritt, durch seine Trennung die Kreditwürdigkeit des Unternehmens auf jeden Fall im Hinblick auf neu abzuschließende und für das Fortbestehen vielleicht ebenfalls dringend erforderliche Geschäfte geschmälert hat. Das gilt aber kaum weniger hinsichtlich einer fortzusetzenden Kreditgewährung an die OHG. Wenn ein Gesellschafter insbesondere einer in schwierigen Vermögensverhältnissen befindlichen OHG sich mit dem Gedanken eines Ausscheidens aus dem Unternehmen trägt, so kann er nicht im Zweifel sein, daß diese Tatsache Signalwirkung auf die Gesellschaftsgläubiger ausüben und gerade einen Kreditgeber kaum geneigt machen wird, der OHG weiteren Kredit zu gewähren. Will er aber eine hieraus folgende Gefährdung des Unternehmens vermeiden,

---

1) AaO unter II u. IV 2.

so wäre es die naheliegendste Lösung, wenn er von einem Ausscheiden einstweilen absähe. Soweit sein Verbleiben in der Gesellschaft aus irgendwelchen Gründen unmöglich ist, wäre mindestens die Beruhigung des Gläubigers geboten; so könnte er diesem etwa versichern, daß er sich weiterhin um das Unternehmen bemühe und selbstverständlich auch in Zukunft für die Kreditschuld einstehe. Scheidet jedoch der Gesellschafter ohne jede Rücksicht auf die etwaigen Reaktionen der Gesellschaftsgläubiger und die hiermit verbundenen Folgen für die OHG aus, so ist das grundsätzlich nicht anders zu werten, als die Bekundung seines Desinteresses an dem weiteren Bestand des Unternehmens. Damit kann aber für den Gläubiger erst recht kein Anlaß bestehen, Zurückhaltung zu üben bzw. irgendwelche Maßnahmen zur Stützung des Unternehmens zu ergreifen, geschweige denn, daß er sich hierbei auch auf das Interesse des Ausgeschiedenen berufen könnte. Entgegen der Ansicht des BGH ändert daran auch nichts, wenn der ehemalige Gesellschafter noch Abfindungszahlungen zu erwarten hat. In solchen Fällen wird er zwar tatsächlich an der zukünftigen Zahlungsfähigkeit der ehemaligen Mitgesellschafter interessiert sein. Das bedeutet jedoch noch lange nicht, daß er die von ihnen als Mittel zum Zweck vorgenommenen Geschäfte in der OHG billigt oder gar, wie der BGH es letztlich angenommen hat, sich mit der weiteren Kreditgewährung an das Unternehmen (und sogar deren Ausdehnung, wie im Fall des BGH geschehen) zu identifizieren bereit ist.

Wenn es nach alledem dem Gesellschaftsgläubiger auferlegt ist, mit dem Fortbestand der Vertragsbeziehungen über den nächstzulässigen Kündigungstermin hinaus den Verlust eines Schuldners in Kauf zu nehmen, so ist das zweifellos ein ungewöhnlicher, dem Gesetz aber dennoch nicht fremder Vorgang. Tatsächlich kennt das Gesetz zwei Fälle einer gesetzlichen Vertragsübernahme, für die in durchaus ähnlicher Weise der unfreiwillige Verlust eines Schuldners aus einem fortbestehenden Vertragsverhältnis angeordnet worden ist. Dabei handelt es sich einmal um die Bestimmung § 571 BGB, die für den Fall einer Veräuße-

rung einer Mietsache (entsprechend anwendbar auf Mietverhältnisse über Wohnraum und Pachtverhältnisse, §§ 580, 581 BGB) den Übergang des Mietverhältnisses auf den Erwerber bestimmt und den Veräußerer unter bestimmten Voraussetzungen von seiner weiteren Haftung befreit. Ferner handelt es sich um die in Anlehnung an diese Bestimmung neu geschaffene Vorschrift § 613a BGB[1)], die für den Fall eines Betriebsinhaberwechsels ebenso den Übergang der Arbeitsverhältnisse bestimmt und gleichfalls eine, allerdings deutlich anders ausgestaltete Haftungsbegrenzung zugunsten des früheren Inhabers vorsieht.

Die genannten Tatbestände regen in doppelter Hinsicht zu einem Vergleich an. Angesichts der wesentlich verschiedenen Haftungsregelungen ist es einmal naheliegend, sie entsprechend der ihnen zugrundeliegenden Vertragstypen der hier behandelten Problematik gegenüberzustellen. Wie sogleich näher darzulegen ist, zeigt sich dabei in der Tat sowohl zu dem Fall des Betriebsinhaberwechsels als auch, bei der Vermietung (Verpachtung) durch die OHG, zu dem Fall der Veräußerung einer Mietsache (Pachtsache) eine so weitreichende Ähnlichkeit, daß, abweichend von den bisherigen Ausführungen, eine entsprechende Anwendung dieser besonderen Haftungsregelungen auf den ausscheidenden Gesellschafter geboten erscheint. Darüber hinaus belegen aber beide Tatbestände übereinstimmend, daß das Gesetz ein generelles Verbot der Befreiung eines Schuldners aus einem fortbestehenden Schuldverhältnis gegen den Gläubigerwillen nicht kennt. Diese wird vielmehr in Anbetracht einer besonderen Interessenlage selbst um den Preis einer nachteiligen Veränderung der Verhältnisse für den Gläubiger zugelassen; zugleich wird dieser, wie die Haftungsregelung des § 571 Abs. 2 S. 2 BGB zeigt, besserenfalls nur darauf verwiesen, den Schutz seiner Interessen mittels des ihm eingeräumten Kündigungsrechts selbst wahrzunehmen.

---

1) Eingefügt durch § 122 Betriebsverfassungsgesetz vom 15. Jan. 1972; zu der Entstehungsgeschichte dieser Norm näher unten S. 161 ff.

Die Parallelen zwischen dem Interessenkonflikt nach Ausscheiden eines Gesellschafters und den besonderen Interessenlagen, die in den Bestimmungen §§ 571, 613a BGB ihre Wertung gefunden haben, sind deutlich. Zunächst handelt es sich hier wie dort um langfristige Schuldverhältnisse, die ungeachtet einer Veränderung in den Verhältnissen eines Vertragspartners fortbestehen. Diese Übereinstimmung beruht allerdings auf ganz unterschiedlicher Ursache. Einerseits ist es der Gesetzesbefehl der §§ 571 Abs. 1, 613a Abs. 1 BGB, der den gegenstandsbezogenen Miet- und Arbeitsverträgen trotz der veränderten Verhältnisse Bestand verleiht. Dagegen folgt andererseits beim Ausscheiden des Gesellschafters der Bestand der Schuldverhältnisse bereits aus der Tatsache, daß wegen § 124 HGB regelmäßig nicht der Gesellschafter sondern die Gesellschaft Vertragspartner ist und diese trotz Ausscheidens eines ihrer Mitglieder in ihrer Identität unverändert fortbesteht. Weiterhin ist hier wie dort mit dem Bestand der Schuldverhältnisse zugleich in Frage gestellt, wie den schutzwerten Interessen des Beteiligten Rechnung zu tragen sein soll, der für die Zukunft von der Vertragsabwicklung ausgeschlossen ist. Die Antwort, die hier allgemein für den ausscheidenden OHG-Gesellschafter gefunden worden ist, belastet aber die Gesellschaftsgläubiger nicht mehr, als es das Gesetz für Mieter und Arbeitnehmer als Gläubiger unter den in den §§ 571, 613a BGB bezeichneten Umständen in Kauf genommen hat.

Wenn gegen eine Enthaftung des ausscheidenden Gesellschafters insbesondere eingewendet worden ist, der Gläubiger dürfe keine Benachteiligung erfahren durch einen Umstand, auf den er ohne Einfluß sei, so ist das eine einseitige und unvollständige Betrachtungsweise. In Frage steht keineswegs nur der so zu Unrecht in den Vordergrund gestellte Fall des ersatzlosen Wegfalls eines der Gesellschafter. Zu beachten ist vielmehr auch der nicht minder häufige Fall des Gesellschafterwechsels, bei dem der neu eintretende Gesellschafter gem. § 130 HGB die Haftung für die Gesellschaftsschulden übernimmt, sowie der Fall eines etwa zu-

sätzlich eintretenden Gesellschafters, der ebenfalls gem. § 130 HGB für die Verbindlichkeiten des Unternehmens einzustehen hat. Berücksichtigt man aber auch diese aus § 130 HGB folgenden Konsequenzen, so ergibt sich ein wesentlich anderes Bild: Soweit eine unbegrenzt fortdauernde Haftung befürwortet wird, wäre zugleich eine beliebige Kumulierung von ausscheidenden und neu eintretenden Gesellschaftern als Schuldner ermöglicht; das hätte bei den hier interessierenden kündbaren Schuldverhältnissen die merkwürdige Folge, daß der Gesellschaftsgläubiger bei seinen zukünftigen Entschließungen von einer sich ständig verbreiternden Kreditbasis der OHG ausgehen dürfte[1]. Dagegen kann die hier befürwortete Enthaftung zwar im Falle eines ersatzlosen Wegfalls des Gesellschafters dem Gläubiger nachteilig sein; doch kann sich ebenso seine Situation im Falle eines Neueintritts je nach dem Vermögen dieses Gesellschafters als im wesentlichen unverändert oder gar verbessert darstellen.

Das ist indessen eine ähnliche Entscheidung, wie sie auch in den Bestimmungen §§ 571, 613a BGB getroffen worden ist. Obgleich die besondere Schutzbedürftigkeit von Mieter und Arbeitnehmer als Gläubiger dies durchaus hätte nahelegen können, hat der Gesetzgeber die Kumulierung von altem und neuem Vermieter bzw. Betriebsinhaber als Schuldner weitgehend ausgeschlossen. Zugleich hat er eine hieraus resultierende Benachteiligung von Mieter und Arbeitnehmer bewußt in Kauf genommen. Beide genießen den Vorzug eines Nebeneinander von Veräußerer und Erwerber als Schuldner nur in dem eng begrenzten Rahmen der §§ 571 Abs. 2, 613a Abs. 2 BGB; im übrigen können sie mit dem gesetzlich angeordneten Übergang sowohl besser als auch schlechter gestellt sein. Ist der Erwerber kapitalkräftiger als der Veräußerer, sind der Bestand von Mietverhältnis und Arbeits-

---

1) Daß bei den Verträgen auf festbestimmte Dauer eine solche Schuldnerkumulierung ebenso möglich ist, ist demgegenüber unbedenklich; denn diese bleibt dort wegen der nur einmaligen Entschließung des Gläubigers ohne Einfluß.

platz sowie die aus diesen Verträgen erwachsenden Ansprüche besser gesichert als zuvor. Ist der Erwerber weniger kapitalkräftig, haben Mieter - man denke an die Folgen einer Zwangsversteigerung - sowie Arbeitnehmer eine etwa daraus resultierende Gefährdung hinzunehmen. Darüber hinaus droht auch Mieter wie Arbeitnehmer eine zahlenmäßige Verringerung der Schuldner. Vermieter oder Betriebsinhaber kann z.B. auch eine OHG sein, deren sämtliche Mitglieder dem Mieter bzw. Arbeitnehmer gem. § 128 HGB auch persönlich haften. Veräußert diese OHG die Mietsache oder den Betrieb an eine Einzelperson, so erfüllt auch das die Tatbestände §§ 571, 613a BGB mit der Folge, daß dem Mieter wie dem Arbeitnehmer von der begrenzten Forthaftung gem. §§ 571 Abs. 2, 613a Abs. 2 BGB abgesehen nur noch die betreffende Einzelperson haftet.
Wie aber der Gesetzgeber im Interesse des früheren Vermieters oder Betriebsinhabers eine Haftungsbegrenzung angeordnet und damit das Risiko der Besser- oder Schlechterstellung ihrer Gläubiger in Kauf genommen hat, so gilt es aus den dargelegten Gründen auch die Interessen des aus der OHG ausscheidenden Gesellschafters zu schützen und ihn ungeachtet der dem Gesellschaftsgläubiger hieraus erwachsenden Nachteile nur einer begrenzten Haftung zu unterwerfen. Wenn eine Haftung des Ausgeschiedenen lediglich bis zum Ablauf der nächstzulässigen Kündigungsfrist zuzugestehen, er im übrigen aber darauf zu verweisen war, seine Interessen gegebenenfalls durch Kündigung des Schuldverhältnisses selbst wahrzunehmen, so ist das keine andere Konsequenz als sie der Gesetzgeber mit der Bestimmung § 571 Abs. 2 S. 2 BGB - und zwar deutlich milder als in § 613a Abs. 2 BGB - zu Lasten des von einer Veräußerung der Mietsache betroffenen Mieters gezogen hat. Auch der Mieter soll unmittelbar aus dieser Veränderung der Verhältnisse, auf die er ebensowenig Einfluß hat wie ein Gläubiger auf den Mitgliederbestand der Gesellschaft, noch kein Nachteil erwachsen. Erlangt er jedoch durch eine Mitteilung seitens des Vermieters Kenntnis vom Eigentumsübergang und macht er sodann von einem ihm zustehenden Kündigungsrecht keinen Gebrauch, so unterstellt das

Gesetz, daß ihm der Eintritt des Erwerbers in die Stellung des Vermieters genehm ist und knüpft hieran die Befreiung des früheren Eigentümers. Eine ebensolche Fiktion wirkt aber auch gegen den Gesellschaftsgläubiger, der in Kenntnis des Ausscheidens eines Gesellschafters das Schuldverhältnis über den nächstzulässigen Kündigungstermin hinaus fortsetzt, d.h. auch er vermag durch ein Festhalten am Vertrag aus freien Stücken einen nunmehr gänzlich Unbeteiligten für die Zukunft nicht mehr zu binden.

Zusammenfassend ist also festzustellen: Bei den auf unbestimmte Dauer mit beiderseitiger Kündigungsbefugnis abgeschlossenen Schuldverhältnissen haftet der ausscheidende Gesellschafter bis zum Ablauf der nächstfolgenden Kündigungsfrist uneingeschränkt fort. Wird alsdann das Schuldverhältnis von OHG und Gesellschaftsgläubiger durch Unterlassen der Kündigung fortgeführt, kann der Ausgeschiedene vollständige Befreiung hieraus erlangen. Diese setzt voraus, daß der Gesellschaftsgläubiger von dem Ausscheiden des Gesellschafters so rechtzeitig in Kenntnis gesetzt worden ist, daß er die Folgen des Schuldnerverlusts insbesondere im Hinblick auf die erst mit Vertragsablauf fällig werdenden Ansprüche durch fristgerechte Kündigung abzuwenden vermag. Diese Grundsätze gelten, wie schon früher dargelegt[1], ohne Unterschied, ob die Parteien die Kündigungsvereinbarung in eine sog. Verlängerungsklausel oder eine sog. Kündigungsausschlußklausel gekleidet haben. Unbeachtlich ist ferner, welchen konkreten Vertragstyp sie jeweils vereinbart haben[2] und wie das Schuldverhältnis im übrigen näher ausgestaltet worden ist.

---

1) Dazu im einzelnen oben S. 46 ff.
2) Beim Kontokorrentverhältnis ist allerdings zusätzlich die Besonderheit zu beachten, daß nach der zutreffenden Ansicht von Canaris schon während des Fristablaufs eine Schuldtilgung auch zugunsten des Ausgeschiedenen eingetreten sein kann; vgl. oben S. 64 ff.

cc) Das einseitige Verlängerungsrecht (Kündigungsrecht)

Eine differenzierende Betrachtung ist geboten, wenn nach dem Vertrag einer Partei einseitig ein Recht zur Verlängerung eingeräumt ist, und dasselbe muß nach den früheren Ausführungen[1] gelten, wenn stattdessen ein einseitiges Kündigungsrecht verabredet ist. Den Folgen einer Auflösung der Gesellschaft entsprechend ist hier für die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters entscheidend, welche Bindung für die G e s e l l s c h a f t im Zeitpunkt des Ausscheidens bestanden hat.

Ist dem Gesellschaftsgläubiger ein einseitiges Verlängerungsrecht (Kündigungsrecht) eingeräumt worden, so stellt sich die Situation aus der Sicht der OHG bzw. des Ausscheidenden ähnlich dar, wie wenn der Vertrag von vorneherein auf die entsprechende Dauer abgeschlossen worden wäre. Zwar ist nicht zu verkennen, daß auch hier der Gläubiger mit seinem Entschluß, das Verlängerungsrecht auszuüben (von dem einseitigen Kündigungsrecht keinen Gebrauch zu machen) im Nachhinein neue Ansprüche bzw. Risiken zu Lasten auch des Ausgeschiedenen ins Leben ruft. Indes besteht der entscheidende Unterschied zu den zuvor behandelten Schuldverhältnissen darin, daß hier der Ausgeschiedene mit der Einräumung des Rechts bei Vertragsschluß in genauer Kenntnis des möglichen Umfangs und der möglichen Dauer der hieraus erwachsenden Verpflichtungen unwiderruflich sein Einverständnis erteilt hat. Mit seiner früheren Beteiligung hat er dem Gesellschaftsgläubiger Sicherheit über einen allein für diesen gültigen Mindestzeitraum hinaus versprochen. Von diesem einmal gegebenen Wort abzurücken kann ihm aber ebenso wenig erlaubt sein, wie wenn der Vertrag ohne das vorzeitige Lösungsrecht des Gläubigers abgeschlossen worden wäre.
Hinzu kommt, daß dieses Recht nach dem Willen der Parteien den Gläubiger besonders begünstigen soll. Er soll also die Möglich-

1) S. oben S. 46 ff.

keit haben, im Nachhinein bei etwaigen Veränderungen in seinen Verhältnissen oder denen der Gesellschaft einseitig über den zukünftigen Bestand des Schuldverhältnisses zu entscheiden. Diese Begünstigung würde indes in ihr Gegenteil verkehrt, würde man die Haftung des ausscheidenden Gesellschafters unter Hinweis auf die Lösungsbefugnis auch des Gläubigers als begrenzt ansehen. Zugleich würde damit den Gesellschaftern die Möglichkeit gegeben, durch Änderungen im Mitgliederbestand der OHG einen faktischen Lösungszwang auf den Vertragspartner auszuüben. Die Parteiabrede über den allein vom Gläubiger zu wählenden Mindestzeitraum bleibt also in ihrem Wert nur dann unangetastet, wenn ein schutzwertes Sicherungsinteresse für die gleiche Dauer anerkannt wird. Das bedeutet aber, daß ihm innerhalb dieses Zeitraums als Sicherheit für seine Ansprüche versprochenes Vermögen nicht durch bloße Abtrennung von dem Unternehmen entzogen werden darf[1].

Anders ist die Lage zu beurteilen, wenn der Gesellschaft ein einseitiges Recht zur Verlängerung (Kündigung) des Vertrages eingeräumt worden ist. Entgegen der Ansicht von R. FISCHER[2] ist dieser Fall durchaus nicht jenem Vertrag gleichzustellen, der von vorneherein auf den verlängerten Zeitraum abgeschlossen worden ist. Hier unterliegt der Ausscheidende einer unwiderruflichen Bindung nur bis zur Ausübung des Verlängerungsrechts (Unterlassen der Kündigung) und an seinem Einverständnis fehlt es, wenn die Entschließung der verbliebenen Gesellschafter hierüber erfolgt. Demgegenüber hat der Gesellschaftsgläubiger mit dem Zugeständnis einer gelockerten Bindung an die OHG ein erhöhtes Risiko auf sich genommen. Insbesondere hat er sich der Möglichkeit begeben, auf nachteilige Veränderungen in den Verhältnissen der Gesellschaft alsbald zu reagieren, und damit die Gefahr auf sich genommen, auch unter solchen Umständen von der Gesellschaft an dem Vertrag festgehalten zu

---

1) Im Ergebnis also wie RGZ 86, 60; vgl. im übrigen oben S. 46 f.
2) Großkomm. z. HGB § 128 Anm. 52.

werden, unter denen er sich ursprünglich nicht zum Vertragsschluß bereitgefunden hätte. Dieses Risiko verwirklicht sich aber auch im Interesse der Entlastung des ausscheidenden Gesellschafters. Hingegen ist der Gläubiger, sofern ihm nicht ausnahmsweise ebenfalls ein früheres Lösungsrecht etwa aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zuzugestehen ist, auf solche Rechtsbehelfe zu verweisen, die ihm, wie z.B. das Leistungsverweigerungsrecht aus § 321 BGB, auch sonst im Falle einer Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen der Gesellschaft zur Verfügung stehen[1].

dd) Kreditierungshandlungen des Gläubigers

Für Stundungsvereinbarungen, die von OHG und Gläubiger nach dem Ausscheiden des Gesellschafters getroffen werden, sind die Erwägungen für die ihnen in wirtschaftlicher Hinsicht verwandten Kreditverträge entsprechend heranzuziehen. Entgegen den sonst vertretenen Auffassungen[2] gilt wegen des dargestellten inneren Zusammenhangs von Gesellschaftereigenschaft und Gesellschafterhaftung auch für solche Stundungsvereinbarungen, daß dem früheren Gesellschafter sämtliche hieraus erwachsenden Risiken nicht mehr angelastet werden dürfen. Das bedeutet, daß der Ausgeschiedene Befreiung von der Verbindlichkeit erlangt, wenn das bei seinem Ausscheiden ins Auge gefaßte Zahlungsziel - ähnlich dem Überschreiten der nächstmöglichen Kündigung bei Kreditverträgen - ohne sein Zutun von den übrigen Beteiligten ausgesetzt wird. Auch hier muß es der OHG und ihrem Gläubiger grundsätzlich verwehrt sein, das Ausscheiden des Gesellschafters zu ignorieren, ihn bei im Nachhinein getroffenen Entschließungen weiterhin als Teil der Kreditbasis des Unternehmens zu behandeln und ihm Risiken aufzu-

1) Im Ergebnis also wie Heinemann S. 22 f; vgl. im übrigen oben S. 46 f.
2) Vgl. oben S. 80 ff.

bürden, an denen er nicht beteiligt und die er auch nicht zu verhindern imstande ist.
Daß der Gläubiger danach zu einem baldigen Vorgehen gegen die Gesellschaft genötigt und von einer wirtschaftlich vielleicht vernünftigen Kreditgewährung abgehalten wird, kann dem aus den schon oben angeführten Erwägungen nicht entgegenstehen. Wenn das Unternehmen deshalb notleidend zu werden droht, ist es Sache des betreffenden Gesellschafters und nicht die des Gläubigers, hiergegen tätig zu werden. Der Gesellschafter mag also für die Zeit der Kreditgewährung oder wenigstens bis zu deren Vereinbarung in der Gesellschaft verbleiben oder dem Gläubiger in sonstiger Weise eine Garantie für sein Einstehen anbieten. Unternimmt er dergleichen nicht, so mag auch der Gläubiger von Bemühungen um den Bestand des Unternehmens absehen, sofern er nicht bereit ist, die hiermit verbundenen Risiken mit der Gesellschaft und den in ihr verbliebenen Mitgliedern allein zu tragen.
Daran ändert auch nichts, daß die Kreditierung einer Geschäftsverbindlichkeit objektiv die Lage auch des Ausgeschiedenen verbessern kann. Wie den diesbezüglichen Äußerungen insbesondere von LEHMANN bereits entgegenzuhalten war[1], würde ein in das freie Belieben der Vertragspartner gestellte Kreditgewährung dem Ausgeschiedenen viel eher nachteilig sein. Denn er würde über seine mögliche Inanspruchnahme eine Zeitlang im Ungewissen bleiben, infolge der Trennung von dem Unternehmen den Überblick über dessen Vermögensverhältnisse einbüßen und damit die Verwirklichung etwaiger Regreßforderungen erschwert werden, und er würde endlich im Falle einer Verschlechtertung der Verhältnisse in einem späteren Prozeß mit dem Gesellschaftsgläubiger einer unvermeidlichen Beweisnot ausgesetzt sein. Anzuknüpfen ist deshalb auch hier allein an die Tatsache des Ausscheidens, mit der der Gesellschafter sein Desinteresse an dem Bestand des Unternehmens bekundet und zugleich in besserer

---

1) Dazu ausführlicher oben S. 86 ff.

Kenntnis von den möglichen Konsequenzen zum Ausdruck bringt, daß ihm an einer Kreditierung nichts liegt und er auch keineswegs gewillt ist, die hiermit verbundenen Risiken auf sich zu nehmen. Damit fehlt aber von seinem Standpunkt her betrachtet auch dem Gläubiger jeder berechtigte Anlaß, sich mit weiterem Kredit um den Bestand der OHG zu bemühen.
Die hier getroffene Wertung findet im übrigen ihre Bestätigung in Sinn und Zweck der - an sich das Innenverhältnis betreffenden - Bestimmung § 740 Abs. 1 BGB. Im Gegensatz zu den hier sonst erörterten langfristigen Schuldverhältnissen[1] wird es sich bei den einer Stundungsvereinbarung zugrundeliegenden Verträgen häufig um solche Geschäfte handeln, die in den Anwendungsbereich des § 740 Abs. 1 BGB fallen. Die Regelung erlaubt es den verbleibenden Gesellschaftern ausdrücklich, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint. Das heißt indessen nicht, daß es den Gesellschaftern gestattet sein soll, jede sich weiter bietende Finanzierungsmöglichkeit auszuschöpfen. Gemeint ist vielmehr, daß sie im Interesse eines ruhigen Fortbestandes der Gesellschaft nicht gehalten sein sollen, diese Geschäfte beschleunigt und mit etwaigen Einbußen abzuwickeln[2]. Diese Zwecksetzung schließt indes negativ ein, daß die verbleibenden Gesellschafter nicht willkürlich verfahren und die Abwicklung der Geschäfte beliebig hinauszögern dürfen, sondern auch die Belange des Ausgeschiedenen, d.h. sein Interesse an deren baldiger Erledigung, zu wahren haben[3]. Damit werden jene aber ausdrücklich in die Schranken verwiesen, die aus den dargelegten Gründen auch dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber wirksam sind.

---

1) Dazu, daß die Regelung § 740 Abs. 1 BGB auf solche Schuldverhältnisse praktisch unanwendbar ist, s. oben S. 117; dazu ausführlicher Heinemann S. 99 f.
2) Staudinger-Keßler § 740 Anm. 2.
3) Ulmer in Großkomm. z. HGB § 138 Anm. 100; Staudinger-Keßler aaO.

II. Analoge Anwendung der Bestimmungen § 613a Abs. 2 und § 571 Abs. 2 S. 2 BGB

Der Auslegung der Haftungsbestimmungen §§ 128, 159 HGB war die Annahme zugrundegelegt, daß die Vertragsbildung im allgemeinen als das Ergebnis einer wechselseitigen Beeinflussung und deshalb als ein dem Willen der Parteien entsprechender Ausgleich ihrer gegensätzlichen Interessen anzusehen ist. An diese Selbstbestimmung der beiderseitigen Verpflichtungen knüpfte es vor allem an, wenn die Vereinbarung über den mehr oder minder festen Bestand des Schuldverhältnisses entscheidend in den Vordergrund zu stellen war. Denn mit dieser Vereinbarung erschien besonders deutlich gekennzeichnet, in welcher Weise die Beteiligten ihre Interessen aufeinander abzustimmen gedachten. Dem so bekundeten Parteiwillen entsprach es dann, teilweise den ausgeschiedenen Gesellschafter darauf zu verweisen, er habe zu seinem einmal gegebenen Wort zu stehen, in den anderen Fällen dagegen dem Gläubiger die begrenzt vereinbarte Bindung entgegenzuhalten und ihm deren Ausweitung gemeinsam mit der OHG auf Kosten auch des nunmehr unbeteiligten Gesellschafters zu verwehren. Eine solche Lösung wird jedoch in den Fällen fragwürdig, in denen infolge eines ungleichen Kräfteverhältnisses der Parteien die Möglichkeit der freien Selbstbestimmung der Verpflichtungen eingeschränkt ist und bei denen zugleich die Bestandssicherung durch Parteiabrede von besonderen den Bestandsschutz des Rechtsverhältnisses betreffenden Gesetzesbestimmungen überlagert wird.

Wie das Arbeitsrecht im Kündigungsschutzgesetz sowie in einer Reihe weiterer, besondere Gruppen von Arbeitnehmern betreffenden Gesetzen, so kennt auch das Mietrecht über Wohnraum im Wohnraumkündigungsschutzgesetz[1)] sowie z.B. mit der Sozialklausel der §§ 556 a - c BGB zahlreiche Vorschriften, die den Grundsatz der Kündigungsfreiheit zugunsten von Arbeitnehmer und Mieter als dem wirtschaftlich Schwächeren einschränken.

---

1) Gesetz über den Kündigungsschutz von Mietverhältnissen über Wohnraum vom 25. Nov. 1971, BGBl I S. 1839.

Würde man hier in der dargelegten Weise an die Haftungsbestimmungen §§ 128, 159 HGB anknüpfen, so hieße das, daß hinsichtlich der Haftung des ausscheidenden Gesellschafters das von jenen Schutzbestimmungen nicht betroffene Kündigungsrecht von Arbeitnehmer und Mieter ähnlich dem sonst einseitigen Kündigungsrecht des Gesellschaftsgläubigers unberücksichtigt bleiben und stattdessen die Bindung der OHG entscheidend sein müßte. Hieraus würde weiter folgen, daß der Ausgeschiedene stets solange verhaftet bliebe, bis eine Aufhebung des Rechtsverhältnisses von Seiten der OHG unter Beobachtung der genannten Schutzvorschriften zulässig wäre. Eine solche Lösung wäre jedoch weder praktikabel, noch würde sie den Besonderheiten dieser Schuldverhältnisse gerecht.

Zunächst ist es z.B. kaum vorstellbar, wie in einem Rechtsstreit mit dem ausgeschiedenen Gesellschafter die hypothetische Feststellung getroffen werden könnte, ob eine fristgerechte Kündigung von Wohnraum zu einem früheren Zeitpunkt für den Mieter eine nicht zu rechtfertigende Härte i.S. des § 556a Abs. 1 BGB bedeutet hätte. Erst recht ist nicht vorstellbar, wie im Nachhinein die Rechtswirksamkeit einer - hypothetischen - Kündigung des Arbeitnehmers zu überprüfen sein soll, wo schon allein die Tatsache der Weiterbeschäftigung zum Beweis ihrer Unwirksamkeit gereichen müßte, vgl. § 1 KSchG. Im übrigen passen die zuvor angestellten Erwägungen deshalb nicht, weil die Gestaltung des Rechtsverhältnisses den Parteien durch Gesetz teilweise entzogen ist und überdies die Gesellschafter in ihrer Bedeutung als Kreditbasis des Unternehmens durchaus nicht dieselbe Rolle spielen wie bei anderen Schuldverhältnissen.

So kann angesichts eines gesetzlichen Zwanges auf die OHG, Arbeits- und Mietverhältnisse unter bestimmten Voraussetzungen aufrechtzuerhalten, keine Rede davon sein, der ehemalige Gesellschafter habe entsprechend der von der OHG wenigstens einzuhaltenden Vertragszeit Sicherheit versprochen. Ebensowenig läßt sich angesichts der Bedeutung dieser Rechtsverhältnisse behaupten, Arbeitnehmer und Mieter seien maßgeblich durch die Kreditwürdigkeit der Gesellschafter zum Vertragsschluß mit der OHG

bestimmt und mithin ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden, an dem allein die persönliche Haftung der Mitglieder des Unternehmens zu messen sei. Wegen des unabweisbaren Bedürfnisses an Wohnraum und Arbeit als wesentlichem Teil der Existenzgrundlage kann der Vertragspartner, mag es sich um eine OHG oder sonst um eine natürliche oder juristische Person handeln, tatsächlich nur von untergeordneter Bedeutung sein. Im Vordergrund stehen vielmehr Arbeitsplatz oder Mietsache als die notwendige sachliche Grundlage dieser Schuldverhältnisse. In Erkenntnis ihrer überragenden Bedeutung für Mieter und Arbeitnehmer hat der Gesetzgeber in die vertragliche Gestaltungsfreiheit des wirtschaftlich stärkeren Arbeitgebers bzw. Vermieters eingegriffen und zur Vermeidung eines einseitigen Diktats den Bestand dieser Schuldverhältnisse besonders gesichert. Mit diesem Eingriff in die Parteiautonomie hat aber auch der Vertragsschluß seinen Indizwert als Maßstab für einen beiderseits anerkannten Interessenausgleich weitgehend eingebüßt. Für die Haftung des ehemaligen Gesellschafters dennoch an die bestehende Bindung der OHG anzuknüpfen, würde danach nichts anderes bedeuten, als der gesetzlichen Bestandssicherung bei Miet- und Arbeitsverhältnissen zugleich eine haftungsschärfende Wirkung zu Lasten dieses Gesellschafters beizumessen. Eine solche Folgerung dürfte jedoch nicht dem Gesetzeswillen entsprechen. Wie hier ein angemessener Ausgleich zu finden ist, zeigen die bereits erwähnten Bestimmungen §§ 613a, 571 BGB, die einerseits in besonderem Maße das die Miet- und Arbeitsverhältnisse beherrschende Bestandsschutzprinzip verkörpern, andererseits aber auch das rechtliche Schicksal dessen behandeln, der nach Vertragsschluß seine Inhaberschaft an Mietsache oder Betrieb als dem notwendigen sachlichen Substrat des Rechtsverhältnisses verloren hat.

1. Analogiefähigkeit der §§ 613a, 571 BGB

Die Vorschriften §§ 613a, 571 BGB enthalten eine Durchbrechung des allgemeinen schuldrechtlichen Rechtssatzes, daß Rechte und Pflichten nur zwischen den am Schuldverhältnis beteiligten Personen entstehen. Da sie somit erkennbar Ausnahmeregelungen darstellen, muß ihre entsprechende Anwendung auf andere Tatbestände, soweit sie nicht im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist[1], auf grundsätzliche Bedenken stoßen[2]. So wird denn auch im Hinblick auf die ältere Bestimmung § 571 BGB häufig festgestellt, diese sei als Sondernorm eng auszulegen, mithin auch eine entsprechende Anwendung auf andere Rechtsverhältnisse oder andere Fälle eines Eigentumswechsels i.d.R. nicht statthaft[3]. Dem entspricht es, daß eine sinngemäße Heranziehung dieser Vorschrift für den Fall des Gesellschafterwechsels bisher noch nicht erörtert worden ist.

Eine entsprechende Anwendung der neu geschaffenen Bestimmung § 613a BGB ist dagegen bereits von HEINEMANN[4] in Betracht gezogen worden. HEINEMANN hat die Frage aufgeworfen, "ob die in § 613a BGB für den besonderen Fall des Betriebsübergangs getroffene Regelung ganz allgemein auf die Haftung des Ausgeschiedenen aus Dauerschuldverhältnissen analog angewandt" werden könne. Er verwirft die Analogie und begründet dies im wesentlichen so: Zwar bestehe eine Gleichheit zu § 613a BGB darin, daß "Arbeitsverträge zu den Dauerschuldverhältnissen gehören"; jedoch sei zu beachten, daß § 613a BGB unter dem Eindruck der bisherigen Diskussion im Arbeitsrecht entstanden sei und dabei den besonderen Verhältnissen beim Betriebsübergang Rechnung getragen werden sollte. Eine derartige Beziehung, die im Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Betrieb zu einer quasidinglichen

---

1) So z.B. für § 571 BGB durch §§ 11, 30 ErbbVO, §§ 30, 37 WohnEigG, §§ 581, 1056, 2135 BGB.
2) Entsprechend der häufig genannten Auslegungsregel, daß Ausnahmevorschriften eng auszulegen sind und der Analogie nicht fähig seien; vgl. BGHZ 2, 244; 4, 222; 11, 143.
3) BGH NJW 1964, 765; RG LeipzZ. 1921, 413; BGB-RGRK § 571 Anm. 1; Roquette, Mietrecht, § 571 Anm. 48; ders. MDR 1957, 712; ders. NJW 1957, 1440; Palandt-Putzo § 571 Anm. 1 b; Soergel-Mezger § 571 Anm. 14; Staudinger-Kiefersauer § 571 Anm. 2.
4) S. 105 ff.

Regelung geführt habe, sei aber bei den übrigen Dauerschuldverhältnissen nicht gegeben. Im übrigen würde die entsprechende Anwendung der Bestimmung auch den Grundsatz der persönlichen Gesellschafterhaftung kaum gerecht; denn das hätte wegen des § 613a Abs. 2 BGB zur Folge, daß sich die Gläubiger einer OHG mit ihren Forderungen dann im wesentlichen nur an die jeweiligen Gesellschafter halten könnten.

Weder jene grundsätzlichen Bedenken gegen die Analogiefähigkeit von Ausnahmeregelungen noch die konkreten Einwände von HEINEMANN dürften aber einer sinngemäßen Anwendung der §§ 613a, 571 BGB entgegenstehen. Die Ausführungen von HEINEMANN erscheinen bereits im Ansatz verfehlt. In der Tat ist kaum in Frage zu stellen, daß eine analoge Anwendung der Bestimmung § 613a Abs. 2 BGB generell "auf die Haftung des Ausgeschiedenen aus Dauerschuldverhältnissen" auszuschließen ist, weil das in solcher Allgemeinheit mit dem Grundsatz der persönlichen Gesellschafterhaftung zweifellos unvereinbar wäre. Eine ganz andere und sehr viel näherliegende Frage ist es aber, ob die Regelung des § 613a Abs. 2 BGB auf die Haftung des Ausgeschiedenen aus Arbeitsverhältnissen sinngemäß anzuwenden ist. Zu vergleichen ist also richtigerweise, ob die Beziehungen Arbeitnehmer - Betriebsinhaber den Beziehungen Arbeitnehmer - OHG-Gesellschafter so ähnlich sind, daß eine gleichmäßige Behandlung beider Tatbestände gerechtfertigt erscheint.
Allein die Tatsache, daß die Regelung § 613a BGB wie auch § 571 BGB erkennbar Ausnahmecharakter hat, kann diesen Analogieschluß nicht von vorneherein ausschließen. Die entsprechende Anwendung von Bestimmungen, die der Gesetzgeber für Sonderfälle aufgestellt hat, ist nicht ausnahmslos verboten, sondern nur insoweit, als damit die gewollte Ausnahme gefährdet würde[1]. Dementsprechend hat z.B. das BAG[2] festgestellt, daß, soweit der Ausnahmesatz ein gegenüber dem allgemeinen Grundsatz engeres

---

1) Palandt-Danckelmann Einl. V 3 b.
2) BAG 1, 329; BAG NJW 1969, 75; vgl. ferner BGHZ 26, 83; Larenz, Methodenlehre, S. 329.

Prinzip zum Ausdruck bringe, innerhalb des damit angesprochenen engeren Kreises eine erweiternde Auslegung und auch Analogie gestattet sei. Diese Einschränkung des PAG ist aber nichts weiter als die zutreffende Ausformung des Prinzips der "Gleichbewertung des Gleichsinnigen" auf Regelungen mit Ausnahmecharakter. Tatbestände, die in den für ihre rechtliche Bewertung wesentlichen Hinsichten gleich liegen, sollen gleich bewertet, also mit der gleichen Rechtsfolge ausgestattet werden. Die verschiedene Bewertung gleichsinniger, d.h. der Sache nach gleich liegender Tatbestände durch dieselbe Rechtsordnung erscheint als ein Wertungswiderspruch, der mit der Forderung der Gerechtigkeit nicht zu vereinbaren ist[1]. Derartige Wertungswidersprüche gilt es aber auch im Hinblick auf Ausnahmeregelungen zu vermeiden, sofern diese Ausnahmen erkennbar ihre Entsprechung finden und eine derartige Übereinstimmung zu den §§ 613a, 571 BGB ist in der Tat gegeben, wo die OHG als Betriebsinhaber oder als Vermieter in Erscheinung tritt.

2. Analoge Anwendung des § 613a Abs. 2 BGB bei Arbeitsverhältnissen

Die neu geschaffene Bestimmung § 613a BGB wird häufig als eine Schutzvorschrift zugunsten des Arbeitnehmers im Falle eines Betriebsinhaberwechsels charakterisiert[2]. Diese Feststellung ist indes nur teilweise zutreffend; denn von einer dem Arbeitnehmerschutz dienenden Bestimmung kann tatsächlich nur bei Absatz 1 der Vorschrift die Rede sein.
Die Regelung war die Antwort des Gesetzgebers auf einen langjährigen Streit um die rechtlichen Wirkungen eines Betriebsin-

---

1) Larenz, aaO S. 316.
2) So z.B. Erman-Küchenhoff § 613a Anm. 35 ff; Neumann-Duesberg NJW 1971, 665, 669; Palandt-Putzo § 613a Anm. 1 b; Steckhahn, Festschr. f. Schnorr v. Carolsfeld, 1973, 463, 466 ff; Jelinek, Der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses beim Betriebsinhaberwechsel, S. 130.

haberwechsels auf die bestehenden Arbeitsverhältnisse[1]. Die seinerzeit wohl herrschende Meinung konstruierte den Übergang der Arbeitsverhältnisse im Anschluß an die zivilrechtlichen Lehren allein auf rechtsgeschäftlichem Wege[2]. Die Hauptbedeutung dieser Konstruktion lag darin, daß es ganz auf den Willen des Erwerbers eines Betriebes ankam, ob er das Arbeitsverhältnis mit dem einzelnen Arbeitnehmer fortsetzen wollte oder nicht. Er konnte also frei darüber entscheiden, ob er die ganze bisherige Belegschaft oder nur einen Teil davon übernehmen wollte; ebenso stand es ihm frei, die Übernahme von einer Änderung der Arbeitsbedingungen abhängig zu machen. Diese Rechtslage wurde selbst von den Vertretern der h.M. als unbefriedigend empfunden[3]. Während sie sich jedoch de lege lata gebunden sahen, versuchte eine im Vordringen begriffene Lehre, den Bestandsschutz der Arbeitsverhältnisse durch die Annahme eines "automatischen Übergangs" auf den Erwerber zu sichern[4]. Diese teils auf eine Analogie zu § 571 BGB gestützte, teils in anderer Weise begründete Auffassung[5] hat bei unteren Gerichten Anerkennung gefunden[6], ist jedoch beim BAG eher auf Ablehnung

---

1) Zum Überblick über den früheren Streitstand vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. I S. 511 ff; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I S. 657 ff; Gaul, Betriebsinhaberwechsel und Arbeitsverhältnis, S. 45 ff; Neumann-Duesberg BB 1971, 969; Seiter, AR-Blattei, Betriebsinhaberwechsel I Übersicht (B) II.

2) Z.B. Hueck-Nipperdey S. 516; Beitzke BB 1950, 761; Gaul, aaO, S. 90 ff; Galperin DB 1962, 1078; BGB-RGRK § 613 Anm. 2; Staudinger-Mohnen-Neumann § 613 Anm. 20 ff.

3) Besonders deutlich Hueck-Nipperdey aaO.

4) Z.B. Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I S. 659; Falkenberg RdA 1967, 121; Böttcher, Festschr. f. A. Nikisch, S. 10 f; Brecher, Festschr. f. Schmidt-Rimpler, S. 181 ff; Dietz, BetrVG (4. Aufl.), § 1 Anm. 69; Grell, Der Betriebsinhaberwechsel, S. 142 ff; Söllner, Arbeitsrecht (2. Aufl.), S. 224; ders. ZAS 1968, 124; ders. JZ 1968, 184; Soergel-Wlotzke-Volze § 613 Anm. 11.

5) Vgl. zu den unterschiedlichen Begründungen die Übersicht bei Gaul, aaO, S. 53 ff.

6) LAG Mannheim AP 1952, Nr. 228; LAG Frankfurt AuR 1963, 317; LAG Frankfurt BB 1965, 1270.

gestoßen[1]. Mit der Neuregelung des § 613a Abs. 1 BGB ist die Streitfrage geklärt und der im Interesse des Arbeitnehmerschutzes rechtspolitisch erwünschten Zwangsübertragung der Arbeitsverhältnisse beim Betriebsinhaberwechsel die notwendige gesetzliche Grundlage gegeben worden.

Einen gänzlich anderen Charakter hat hingegen die Regelung in § 613a Abs. 2 BGB, die die weitere Haftung des früheren Arbeitgebers betrifft. Da dieser dort vor einer Inanspruchnahme nach Betriebsübergang weitgehend geschützt, insbesondere von den künftigen Verpflichtungen aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen völlig freigestellt wird, dürfte hier viel eher von einer den Arbeitnehmer belastenden Schutzbestimmung zugunsten des Betriebsveräußerers zu sprechen sein, die gewissermaßen als die Kehrseite des durch § 613a Abs. 1 BGB verwirklichten Bestandsschutzes der Arbeitsverhältnisse anzusehen ist[2].
Auch der Schutz des alten Arbeitgebers, der nach der Betriebsveräußerung die Arbeitnehmer nicht mehr weiterbeschäftigen und dementsprechend auch keine Gewinne mehr erzielen kann, hat in dem vorangehenden Streit eine bedeutsame Rolle gespielt. Für die Anhänger des automatischen Übergangs der Arbeitsverhältnisse war es u.a. gerade auch die drohende Weiterverpflichtung des alten Inhabers, die ein freies Ablehnungsrecht des neuen Inhabers ausschließen sollte. So berief sich z.B. NIKISCH[3] darauf, anderenfalls würde der Veräußerer des Betriebes, dem es nicht gelingt, den Erwerber zur Übernahme der Arbeitnehmer zu bestimmen, "durch die weiterlaufenden Lohnansprüche, die normalerweise aus den Betriebsergebnissen befriedigt werden, schwer belastet" werden. Aber auch für die Vertreter der Gegenansicht hatte die Frage nach dem Schutz des alten Inhabers durchaus Gewicht. So wurde z.B. die zuvor umstrittene Möglichkeit der Über-

---

1) Das BAG hat diese Lehre in zwei Entscheidungen jedenfalls für die Fälle abgelehnt, wo es sich um leitende Angestellte (BAG AP § 419 Betriebsnachfolge Nr. 1) oder andere zu Diensten höherer Art verpflichtete Angestellte (BAG AP § 419 Betriebsnachfolge Nr. 6) handelte.
2) Den Schutzcharakter des § 613a Abs. 2 BGB für den alten Arbeitgeber betonen auch Hanau/Adomeit J IV 2 S. 208.
3) Arbeitsrecht, Bd. I S. 659.

tragung des Arbeitsverhältnisses als ganzes von HUECK[1] u.a. damit begründet, es sei "das Natürlichste, daß derjenige, dem die Arbeit geleistet wird, auch Partei des Arbeitsverhältnisses wird, insbesondere den Lohn für die ihm geleistete Arbeit zu zahlen hat". Soweit allerdings nach dieser Ansicht der Übergang der Arbeitsverhältnisse ausgeschlossen war, sollte der Veräußerer zwar in vollem Umfang die Arbeitgeberstellung behalten und also auch die Pflicht zur Fortzahlung des Lohnes, jedoch sollte ihm die Kündigung erleichtert sein. Zum Teil wurde ein Recht zur fristlosen Kündigung erwogen[2], im übrigen aber eine Kündigung als betriebsbedingt und deshalb als sozial gerechtfertigt mindestens dann angesehen, wenn der Arbeitgeber sich ernsthaft bemüht hatte, den Erwerber des Unternehmens zur Übernahme sämtlicher Arbeitskräfte zu bewegen[3].

Mit der Bestimmung § 613a Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber die für den früheren Arbeitgeber wohl denkbar günstigste Regelung getroffen. Das wird vor allem deutlich, wenn man die früher verschiedentlich entsprechend angewendete Bestimmung § 571 BGB zum Vergleich heranzieht. Ähnlich der dort in Absatz 2 getroffenen Regelung hätte es auch für den Fall des Betriebsinhaberwechsels durchaus nahegelegen, trotz einer gesetzlichen Überführung der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber dem früheren Inhaber eine Garantiehaftung aufzubürden. Dabei hätte deren Dauer ebenso von Kündigungsfristen oder einer weiterreichenden Vertragsbindung abhängig gemacht werden können. Der Gesetzgeber hat jedoch von einer solchen Forthaftung abgesehen und stattdessen ohne Rücksicht auf die im Einzelfall bestehenden Bindungen die Befreiung des Veräußerers für die Zukunft angeordnet. Damit hat er aber praktisch für den Fall des Betriebsinhaberwechsels jenen verschiedentlich geäußerten Gedanken festgeschrieben, wonach sich der Arbeitnehmer für seinen Lohn natürlicherweise an denjenigen zu halten habe, dem er auch die Arbeit geleistet hat.

---

1) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. I S. 518 f.
2) Vgl. Gaul, aaO, S. 95 m.w.N.
3) Vgl. Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. I S. 518 Fn. 18 m.w.N.

Diese Absicht wird im übrigen in den ansonsten kargen Gesetzesmaterialien durch eine Stellungnahme des Bundesrates ausdrücklich hervorgehoben. Die Regelung § 613a Abs. 2 S. 2 BGB war in dem Regierungsentwurf nicht enthalten. Sie ist auf Wunsch des Bundesrates eingefügt worden, der wie folgt begründet war[1]:

> "Die Bundesregierung wird gebeten, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens auf eine Fassung des § 613a BGB hinzuwirken, die nicht zu einer unangemessenen Erweiterung der Haftung des bisherigen Arbeitgebers führt. Insbesondere sollte der bisherige Arbeitgeber grundsätzlich nicht für die Vergütung von Leistungen der Arbeitnehmer haften, die nach der Betriebsübertragung erbracht worden sind. Die Fassung des Entwurfes stellt nicht eindeutig klar, für welche Ansprüche der Arbeitnehmer usw. der bisherige Arbeitgeber nach der Übergabe des Betriebes haftet".

Für den Arbeitnehmer kann hingegen die Regelung des § 613a Abs. 2 BGB eine deutliche Härte darstellen und zwar dann, wenn an die Stelle eines vermögenden Betriebsinhabers ein weitaus weniger zahlungsfähiger Arbeitgeber getreten ist[2]. Hier steht dem Vorteil der zwangsweisen Übertragung des Arbeitsverhältnisses mit allen Ansprüchen und Anwartschaften auf den Erwerber der Nachteil gegenüber, daß dem Arbeitnehmer mit dem Betriebsübergang unvermittelt ein besserer Schuldner verlorengeht. Das kann zur Folge haben, daß er eine baldige Gefährdung seiner Ansprüche hinzunehmen hat, von der er ohne die Betriebsveräußerung nicht betroffen worden wäre, weil sich der frühere Inhaber auf andere Weise nicht so bald von seinen Verpflichtungen hätte befreien können.

Man könnte angesichts solcher Konsequenzen bezweifeln, ob mit der Haftungsregelung des § 613a Abs. 2 BGB dem Schutzzweck des § 613a Abs. 1 BGB, nämlich den Arbeitnehmer vor nachteiligen

---

1) BT-Drucksache VI/1786 S. 67 zu § 123.
2) Ebenso Hanau/Adomeit J IV 2 S. 208.

Folgen einer Betriebsveräußerung zu schützen, gänzlich entsprochen worden ist. Indessen ist auch nicht zu verkennen, daß dem Schutzinteresse des Arbeitnehmers auf Seiten des Arbeitgebers ebenfalls erhebliche schutzwerte Belange gegenüberstehen. Der Gesetzgeber hat mit der zwangsweisen Übertragung der Arbeitsverhältnisse gerade auch in die Belange des alten Betriebsinhabers eingegriffen, weil diesem damit eine Veräußerung des Betriebes erheblich erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht sein kann[1]. Wenn er im übrigen zum Nachteil des Arbeitnehmers davon abgesehen hat, dem Betriebsveräußerer zusätzlich eine wohlmöglich folgenschwere Haftung für künftige Lohnansprüche etc. aufzubürden, so mag man hierin einen Ausgleich erblicken, der zunächst wegen des für den Regelfall gesicherten Bestandes des Arbeitsplatzes, im übrigen aber bei einer Verschlechterung in den Verhältnissen des Arbeitgebers wegen der zahlreich vorhandenen weiteren Arbeitnehmerschutzbestimmungen, wie etwa für den Fall des Konkurses, als gerechtfertigt angesehen werden kann.

Diese in § 613a BGB zum Ausdruck kommenden Wertungen des Gesetzgebers sind aber auch im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer OHG zu beachten, wenn die Gesellschaft einen Betrieb führt, mithin die Haftung des Ausscheidenden aus bestehenden Arbeitsverhältnissen in Frage steht. Wenn auch wegen § 124 HGB im allgemeinen nicht der Gesellschafter, sondern vielmehr die OHG nach außen hin als Rechtsträger in Erscheinung tritt, so handelt es sich angesichts der Tatsache, daß wegen § 128 HGB die Gesellschafter die eigentlichen Träger aller Rechte und Verbindlichkeiten sind[2], im Falle des Gesellschaf-

---

1) Galperin (Der Regierungsentwurf eines neuen Betriebsverfassungsgesetzes, S. 10) hält u.a. aus diesem Grund die Regelung des § 613a BGB für eine verfassungsrechtlich fragwürdige Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit; dagegen: Neumann-Duesberg BB 1971, 969, 971; Seiter, AR-Blattei, Betriebsinhaberwechsel I Übersicht (B) III 1; Klaus Schmidt BB 1971, 1199.

2) So die h.M.; inwieweit hieraus Folgerungen für den Inhalt der Gesellschafterhaftung abzuleiten sind, ist eine andere Frage und kann hier außer Betracht bleiben; vgl. zu dem Streitstand die ausführliche Übersicht bei R. Fischer in Großkomm. z. HGB § 128 Anm. 2 ff.

terwechsels im Grunde um nichts anderes als einen teilweisen Arbeitgeberwechsel[1]. Dieser weist aber zu dem Tatbestand des Betriebsinhaberwechsels eine so weitreichende Ähnlichkeit auf, daß eine sinngemäße Anwendung der Haftungsregelung § 613a Abs. 2 BGB auf den ehemaligen Gesellschafter geboten erscheint.

Für den Arbeitnehmer stellt sich die Situation bei beiden Ereignissen im wesentlichen gleich dar. In dem einen wie dem anderen Fall handelt es sich um eine Veränderung auf Arbeitgeberseite, die jedoch die bestehenden Rechtsverhältnisse unberührt läßt. Der Betrieb besteht fort und hiermit ist der unveränderte Bestand der Arbeitsverträge verbunden. Dieser Bestand der Arbeitsverhältnisse wird allerdings, wie schon erwähnt, auf unterschiedliche Weise verwirklicht. Beim Betriebsinhaberwechsel, bei dem die Änderung den Inhaber als Vertragspartei betrifft, bedurfte es der gesetzlichen Überführung der Arbeitsverhältnisse auf den neuen Arbeitgeber. Dagegen ist im Falle des Gesellschafterwechsels deren Bestand bereits durch die rechtliche Konstruktion der OHG gewährleistet. Da diese Vertragspartner des Arbeitnehmer ist und ungeachtet des Ausscheidens eines Mitglieds in ihrer Identität unverändert fortbesteht, behält sie als Gesamthandsgemeinschaft der verbliebenen und der etwa neu eintretenden Gesellschafter alle Rechte und Pflichten, die auch bisher für die OHG bestanden haben.
Darüber hinaus weist, von der zu klärenden Haftungsfrage abgesehen, die Situation des ausscheidenden Gesellschafters eine unverkennbare Ähnlichkeit mit der des früheren Betriebsinhabers auf. Der Gesellschafter hört mit dem Augenblick seines Ausscheidens auf, Mitglied der Gesamthandsgemeinschaft zu sein. Mit der Mitgliedschaft entfallen zugleich die Rechte und Pflichten eines Gesellschafters. Das gilt in gleicher Weise für die Rechte und Pflichten zur Verwaltung, für die Beteiligung am gesamthänderischen Gesellschaftsvermögen, wozu auch Rechte und Forderungen jeder Art gehören, sowie für die Teilnahme an

---

1) Ebenso Seiter, AR-Blattei, Betriebsinhaberwechsel I Übersicht (B) IV 1 b.

Gewinn und Verlust (Ausnahme: § 740 BGB). Im Hinblick auf die Arbeitsverhältnisse bedeutet das, daß der ausgeschiedene Gesellschafter seine Berechtigung an dem Betrieb als dem notwendigen sachlichen Substrat sowie seine Funktion als Arbeitgeber einbüßt und mindestens der aus den Arbeitsverhältnissen erwachsenden Rechte verlustig geht. Er ist nicht mehr (Mit-)Berechtigter des Anspruchs auf Arbeit; er hat nicht mehr das Recht, auf den Arbeitseinsatz Einfluß zu nehmen; vor allem aber ist er nicht mehr Berechtigter und Beteiligter an den erzielten Arbeitsergebnissen. Vergleichbare Folgen knüpfen sich aber an den Betriebsübergang für den früheren Betriebsinhaber. Auch dieser verliert seine Berechtigung an dem Betrieb als dem notwendigen sachlichen Substrat. Mit Eintritt des neuen Inhabers in die bestehenden Arbeitsverhältnisse büßt er seine Arbeitgeberfunktion ein; zugleich scheidet er aus seiner bisherigen Rechts- und Pflichtenstellung aus.

Angesichts dieser Ähnlichkeiten fragt sich aber, weshalb bei der Haftung unterschieden werden, d.h. der frühere Betriebsinhaber lediglich in dem eng begrenzten Rahmen des § 613a Abs. 2 BGB, der ausgeschiedene Gesellschafter hingegen im Rahmen gegebener Kündigungsfristen oder aber gar für die gesamte Vertragsdauer weiterhaften soll. Mit dem Hinweis, der Arbeitnehmer müsse als Gläubiger der OHG vor einer Verschlechterung in deren Verhältnissen geschützt werden, kann eine solche Unterscheidung angesichts der in § 613a BGB enthaltenen Wertung nicht zu rechtfertigen sein. Wie schon erläutert, hat der Gesetzgeber dort zum Schutz des Arbeitnehmers lediglich den Bestand des Arbeitsverhältnisses gesichert, im übrigen aber mit der Haftungsregelung des § 613a Abs. 2 BGB die Möglichkeit einer Besser- oder Schlechterstellung des Arbeitnehmers je nach der Zahlungsfähigkeit des neuen Betriebsinhabers bewußt in Kauf genommen. Nicht anders sind aber die Folgen, wenn bei Ausscheiden eines Gesellschafters dessen Haftung auf das Maß des § 613a Abs. 2 BGB beschränkt wird. Tritt an die Stelle des Ausscheidenden ein kapitalkräftigerer Gesellschafter oder tritt zu den vorhandenen ein zusätzlicher Gesellschafter, sind

Arbeitsplatz und Ansprüche wie bei Eintritt eines zahlungsfähigeren Betriebserwerbers besser gesichert als zuvor. Scheidet hingegen ein Gesellschafter ersatzlos aus, so entspricht das eben der möglichen Schlechterstellung, vor der der Arbeitnehmer auch beim Betriebsübergang im Falle einer geringeren Zahlungsfähigkeit des neuen Inhabers nicht geschützt ist.

Dem ausscheidenden Gesellschafter dennoch die Befreiung aus den Arbeitsverhältnissen zu versagen hieße danach, den Arbeitnehmer im Vergleich zum Betriebsinhaberwechsel erheblich besser zu stellen, womit notwendig die weitaus schärfere Haftung des OHG-Gesellschafters korrespondiert. Für eine derart abweichende Beurteilung ist aber kein innerer Grund ersichtlich; denn der ausscheidende Gesellschafter erscheint im Verhältnis zum Arbeitnehmer durchaus nicht weniger schutzwert als ein früherer Betriebsinhaber i.S. des § 613a BGB.

Es war unter anderem der Gedanke, der Arbeitnehmer sei mehr an den Betrieb als an dessen Träger gebunden, der zu dem mit § 613a Abs. 1 BGB verwirklichten Bestandsschutz und dessen Kehrseite in § 613a Abs. 2 BGB geführt hat, und dieser Gedanke paßt nicht weniger für das Ausscheiden eines Gesellschafters. Es war der unbestrittene Gedanke, daß Lohnansprüche "normalerweise aus den Betriebsergebnissen befriedigt werden"[1] bzw. daß es "das Natürlichste" sei, "daß derjenige, dem die Arbeit geleistet wird, auch ... den Lohn für die ihm geleistete Arbeit zu zahlen hat"[2], der den Gesetzgeber zu der Haftungsbegrenzung in § 613a Abs. 2 BGB veranlaßt hat, und es ist kein Grund ersichtlich, warum bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters etwas anderes gelten sollte. Der Ausgeschiedene hat mit der später geleisteten Arbeit nicht mehr zu tun als der frühere Betriebsinhaber; ihnen beiden wird die Arbeit nicht mehr geleistet und sie beide haben auch keinen Nutzen mehr davon.

---

1) Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I S. 659.
2) Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, Bd. I S. 519.

Es ist überdies nicht einzusehen, daß sich ein Betriebsinhaber mit der Lösung von dem Betrieb ohne weiteres auch aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen befreien kann, der ausgeschiedene Gesellschafter, der sich ebenso von dem Betrieb gelöst hat, hingegen nach wie vor gebunden sein soll. Diese Unterscheidung würde einzig und allein darauf beruhen, daß der Gesellschafter nicht der alleinige Träger des Unternehmens ist. Das hieße aber, in unverständlicher Weise diejenigen Unternehmer zu bestrafen, die sich zur Förderung ihrer Tätigkeit mit anderen zusammengeschlossen haben.

Die entsprechende Anwendung des § 613a BGB ist endlich deshalb geboten, weil der Fall des Gesellschafterwechsels ohnehin jederzeit auch formal mit dem Tatbestand eines Betriebsinhaberwechsels einhergehen kann und anderenfalls durch diese Vorschrift ebenso zufällige wie manipulierbare Ergebnisse ermöglicht wären.
Man denke zunächst an den Fall, daß bei einer aus drei Mitgliedern bestehenden Gesellschaft die Beteiligten das Unternehmen an drei andere Personen veräußern wollen. Dieser dem Betriebsinhaberwechsel offenkundig ähnelnde Fall wäre rechtlich auf zweierlei Weise zu bewerkstelligen: Aus der bestehenden Gesellschaft treten die Gesellschafter aus und die Erwerber ein. Oder aber: Die Erwerber bilden eine neue Gesellschaft und übernehmen den Betrieb der früheren Gesellschaft. Anders als im ersten Fall liegt bei letzterem ein Betriebsübergang i.S. des § 613a BGB vor. Die Folge ist, daß hier unbestreitbar die frühere Gesellschaft und damit auch die ehemaligen Gesellschafter von der Haftung aus den Arbeitsverhältnissen nach Maßgabe des § 613a Abs. 2 BGB frei werden. Würden nun für den erstgenannten Fall andere Konsequenzen gezogen werden, so wäre das wenig sinnvoll. Denn die beiden Vorgänge stimmen in tatsächlicher Hinsicht überein; überdies könnte solchen nachteiligen Folgen aber auch ohne weiteres ausgewichen werden.

Für den Fall einer Verringerung der Gesellschafterzahl gilt das nicht weniger. Auch hier wäre formal stets der Tatbestand eines Betriebsinhaberwechsels zu verwirklichen. Wollen etwa aus einer aus vier Mitgliedern bestehenden Gesellschaft zwei Gesellschafter ausscheiden, so wären die verbliebenen Gesellschafter durch nichts gehindert, ihrerseits eine neue Gesellschaft zu gründen, um die Enthaftung der Ausgeschiedenen gem. § 613a Abs. 2 BGB herbeizuführen. Auch wäre in einem solchen Vorgang keine Gesetzesumgehung zu sehen. Denn auch eine derart nachteilige Veränderung auf Arbeitgeberseite liegt, wie gezeigt, durchaus im Rahmen der von dem Gesetzgeber getroffenen Wertungen.

Aus alledem folgt, daß die Frage der Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafter aus Arbeitsverhältnissen widerspruchsfrei nur durch eine sinngemäße Heranziehung des § 613a Abs. 2 BGB zu lösen ist. Das bedeutet für den ausscheidenden Gesellschafter, daß er aus denjenigen Rechtsverhältnissen am ehesten, nämlich mit dem Ausscheiden, Befreiung erlangt, die häufig die größte Belastung des Unternehmens darstellen. Für den Arbeitnehmer bedeutet es dagegen, daß ihm der Ausgeschiedene als Schuldner, von der eng begrenzten Forthaftung des § 613a Abs. 2 BGB abgesehen, früher verloren geht als anderen Gläubigern der OHG. Das kann im Einzelfall als eine Härte für den Arbeitnehmer erscheinen, wenn bald nach dem Ausscheiden des Gesellschafters das Unternehmen zusammenbricht und hier z.B. dem Gläubiger aus einem langfristigen Lieferverhältnis der Zugriff auf den Ausgeschiedenen möglich bleibt, dem Arbeitnehmer hingegen dessen Inanspruchnahme für die nach dem Ausscheiden erwachsenen Lohnansprüche verwehrt ist. Eine derart bevorzugende Behandlung der anderen Gesellschaftsgläubiger erscheint dennoch gerechtfertigt. Diese sind auf die Wahrnehmung ihrer Interessen allein im Rahmen der Parteiabrede verwiesen und müssen sich deshalb notwendig auf deren Bindungswirkung auch gegenüber dem Ausscheidenden verlassen können. Hingegen findet die etwaige Benachteiligung des Arbeitnehmers entsprechend der Wertung in § 613a BGB

ihren Ausgleich letztlich darin, daß jener vielfachen Schutz über die Parteiabrede hinaus genießt und dieser Schutz in dem genannten Fall des Zusammenbruchs des Unternehmens durch die konkursrechtlichen Bestimmungen auch zu Lasten eben jener anderen Gesellschaftsgläubiger verwirklicht wird.

3. Analoge Anwendung des § 571 Abs. 2 S. 2 (§§ 580, 581) BGB bei Vermietung (Verpachtung) durch die OHG

Soweit die OHG als Vermieter - gemeint ist im Folgenden stets auch die Verpachtung, vgl. § 581 BGB - auftritt, findet der Fall des Gesellschafterwechsels eine offenkundige Parallele in dem gesetzlich geregelten Tatbestand der Veräußerung einer Mietsache, § 571 BGB. Ähnlich wie im Fall des Betriebsinhaberwechsels ist auch hier ungeachtet der formalen Rechtsträgerschaft der OHG von einem teilweisen Vermieterwechsels zu sprechen. Dieser ist in seinen Wirkungen für Mieter und OHG-Gesellschafter dem Tatbestand des § 571 BGB so ähnlich, daß eine sinngemäße Anwendung dieser Bestimmung gerechtfertigt erscheint.
In dem einen wie dem anderen Fall handelt es sich um eine Veränderung auf Seiten des Vermieters, die jedoch den Bestand des Mietverhältnisses unberührt läßt. Soweit diese Änderung den Vermieter als Vertragspartei betrifft, ist die Bestandssicherung ebenso wie beim Betriebsinhaberwechsel Folge einer gesetzlich angeordneten Überführung des Schuldverhältnisses auf den Erwerber, § 571 Abs. 1 BGB. Dagegen folgt bei Ausscheiden eines Gesellschafters der Bestand des Mietverhältnisses wieder ohne weiteres aus der Tatsache, daß nicht der Gesellschafter, sondern die Gesellschaft Vertragspartner ist, und diese trotz Ausscheiden eines ihrer Mitglieder in ihrer Identität unverändert fortbesteht. Vergleichbar ist auch die Situation des früheren Vermieters i.S. des § 571 BGB mit der des aus der OHG aus-

scheidenden Gesellschafters. Wie der bisherige Vermieter mit der Veräußerung die Mietsache einbüßt und damit gem. § 571 Abs. 1 BGB aus dem Mietverhältnis ausscheidet, so verliert auch der Gesellschafter mit Aufgabe seiner Mitgliedschaft seine Berechtigung an der Mietsache und scheidet zugleich aus seiner bisher mit den Mietverhältnis verbundenen Rechts- und Pflichtenstellung aus.

Auch hier ist danach kein innerer Grund ersichtlich, weshalb für den ehemaligen Gesellschafter andere Konsequenzen zu ziehen sein sollten, als sie das Gesetz für den ehemaligen Vermieter bestimmt hat. Vielmehr sprechen die schon im Vergleich zum Betriebsinhaberwechsel angestellten Erwägungen auch hier für eine gleichmäßige Behandlung beider Tatbestände. Wenn das Gesetz einerseits in § 571 Abs. 1 BGB den Übergang der bestehenden Rechte und Pflichten auf den Erwerber der Mietsache bestimmt und andererseits in § 571 Abs. 2 S. 2 BGB den ehemaligen Vermieter unter bestimmten Voraussetzungen von der weiteren Haftung befreit, so beruht diese Regelung auf einem ähnlichen Gedanken wie bei der Bestimmung § 613a BGB. Zugrundegelegt ist jeweils die Annahme, daß das Interesse des zu schützenden Vertragspartners weniger auf die Person des Schuldners als vielmehr auf die Erhaltung des sachlichen Substrats gerichtet ist. Soweit deshalb das Gesetz als Kehrseite des Bestandsschutzes für das Mietverhältnis den Verlust des früheren Vermieters als Schuldner anordnet, ist nicht einzusehen, weshalb der Mieter bei einem Gesellschafterwechsel einen weiterreichenden Schutz genießen und der Ausscheidende einer schärferen Haftung als ein früherer Vermieter i.S. des § 571 BGB unterworfen sein soll. Das wäre wiederum eine Unterscheidung, die lediglich aus der formalen Rechtsträgerschaft der OHG abgeleitet wäre. Sie würde den Mieter ohne Grund begünstigen und den Gesellschafter unverständlicherweise für den Zusammenschluß mit anderen Unternehmern bestrafen. Überdies wäre sie zufällig oder absichtlich durch Neugründung der Gesellschaft ebenso formal auszuschalten, wie dies im Vergleich zu dem Fall des Betriebsinhaberwechsels bereits aufgezeigt worden ist.

Mit der Regelung in § 571 Abs. 2 S. 2 BGB hat allerdings der Gesetzgeber für die Enthaftung des ehemaligen Vermieters von dem Fall des Betriebsinhaberwechsels deutlich abweichende Konsequenzen gezogen. Anders als § 613a Abs. 2 BGB, der eine Befreiung des Betriebsinhabers für die Zukunft ohne Rücksicht auf die im Einzelfall bestehende Vertragsbindung anordnet, knüpft das Gesetz in § 571 Abs. 2 S. 2 BGB für die weitere Haftung des früheren Vermieters an die bestehende Parteiabrede über den mehr oder minder festen Bestand des Mietverhältnisses an. Nach § 571 Abs. 2 S. 2 BGB wird der Vermieter von der Haftung befreit, wenn nicht der Mieter, der durch Mitteilung des Vermieters von dem Eigentumsübergang Kenntnis erlangt hat, das Mietverhältnis für den ersten Termin kündigt, für den die Kündigung zulässig ist. Das bedeutet, daß die Haftung des früheren Vermieters grundsätzlich im Rahmen der vereinbarten Kündigungsfristen fortbesteht[1]. Hieraus folgt weiter, daß die Haftung des Veräußerers für die gesamte Vertragszeit andauert, wenn das Mietverhältnis unkündbar auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen ist[2].

Einer sinngemäßen Anwendung dieser Vorschrift auf den ausgeschiedenen Gesellschafter bedarf es im Rahmen der hier vertretenen Lösung nicht, soweit das Mietverhältnis unkündbar abgeschlossen ist oder aber beide Parteien in gleicher Weise zur Kündigung befugt sind. Insoweit entspricht die Regelung inhaltlich bereits dem Ergebnis, das oben allgemein durch Auslegung der §§ 128, 159 HGB gefunden worden ist. Sie bestätigt also nur für den Fall der Vermietung durch die OHG, daß hier der ausscheidende Gesellschafter wie auch bei anderen langfristigen Vertragsbeziehungen entsprechend dem vereinbarten Bestand des Schuldverhältnisses weiterhaftet. Die Bestimmung enthält

---

1) Vgl. z.B. Roquette, Mietrecht, § 571 Anm. 40; Mittelstein S. 698; Pergande, Wohnraummietrecht, § 571 Anm. 4; Palandt-Putzo § 571 Anm. 5; Staudinger-Kiefersauer § 571 Anm. 46; nach abweichender Ansicht endet die Haftung nicht erst mit Ablauf der Kündigungsfrist sondern bereits mit dem K ü n d i g u n g s t e r m i n, Erman-Schopp § 571 Anm. 5; BGB-RGRK § 571 Anm. 10.

2) BGH NJW 1969, 417; Roquette aaO; Erman-Schopp aaO; Lutz, Mietrecht, § 571 Anm. 6.

indes eine abweichende Wertung für den Fall der unterschiedlichen Kündigungsbefugnis, wie sie namentlich in dem nicht seltenen Fall des dem Mieter eingeräumten vorzeitigen Kündigungsrechts sowie allgemein bei Mietverhältnissen über Wohnraum wegen der vorhandenen Mieterschutzbestimmungen gegeben ist. Hier ist in Abweichung von den obigen Ausführungen für die Dauer der Haftung des ehemaligen Gesellschafters nicht das Lösungsrecht der OHG, sondern in entsprechender Anwendung des § 571 Abs. 2 S. 2 BGB allein die Kündigungsbefugnis des Mieters als maßgeblich anzusehen.

Der Fall einer unterschiedlichen Kündigungsbefugnis von Mieter und Vermieter hat im Gesetz keine spezielle Berücksichtigung gefunden. Im Schrifttum wird er nur selten erörtert. Hierbei wird allerdings, soweit ersichtlich, stets nur der Fall der durch Mietvertrag unterschiedlich geregelten Kündigungsfristen zugrundegelegt, nicht aber der praktisch viel bedeutsamere Fall, daß die Kündigungsbefugnis des Vermieters von Wohnraum durch geltende Mieterschutzbestimmungen eingeschränkt bzw. weitgehend ausgeschlossen ist. ZIMMERMANN[1] meint, bei unterschiedlichen Kündigungsfristen sei als erster zulässige Kündigungstermin i.S. des § 571 Abs. 2 S. 2 BGB derjenige anzusehen, für welchen der Mieter u n d der Erwerber erstmals kündigen können. Denn der Veräußerer sei ohne die Grundstücksveräußerung an das Mietverhältnis nach Maßgabe des Vertrages gebunden gewesen und anderenfalls wäre der Mieter durch die Veräußerung schlechter und der Veräußerer entsprechend besser gestellt. Nach anderer Ansicht[2] soll hingegen allein die für den Mieter bestehende Kündigungsfrist maßgebend sein, da es insoweit an einer gesetzlichen Sonderbestimmung fehle und § 571 Abs. 2 S. 2 BGB seinem Wortlaut nach von einer Kündigung seitens des Mieters ausgehe.

Der letztgenannten Ansicht ist zuzustimmen. Dafür spricht zunächst, daß der Gesetzgeber an eine unterlassene Kündigung sei-

---

1) S. 64.
2) Mittelstein S. 697; Roquette, Mietrecht, § 571 Anm. 40; Staudinger-Kiefersauer § 571 Anm. 51.

tens des Mieters angeknüpft und damit die Haftungsbefreiung des Veräußerers tatbestandlich als Folge einer fiktiven Genehmigung des Mieters ausgestaltet hat. Die zum Schutze des Mieters angeordnete Überführung des Mietverhältnisses auf den Erwerber der Mietsache hat zugleich die Konsequenz, daß dem Mieter ohne seinen Willen ein neuer Vertragspartner aufgedrängt wird. Doch soll ihm hieraus unmittelbar noch kein Nachteil erwachsen. Im Rahmen der seinerseits bestehenden Bindung an den Mietvertrag soll ihm vielmehr auch die Bindung des Vermieters erhalten bleiben. Damit soll ihm zugleich Gelegenheit zur Überlegung gegeben werden, ob er das Mietverhältnis mit dem neuen Eigentümer fortsetzen will oder nicht. Hält er jedoch über den Kündigungstermin hinaus an dem Mietverhältnis fest, so wertet das Gesetz dieses Verhalten als ein Einverständnis mit dem Eintritt des Erwerbers an die Stelle des Vermieters. Eine derart fingierte Zustimmung wirkt aber notwendig ohne Rücksicht darauf, welche Kündigungsfrist für den Vertragspartner bestanden hat.

Ferner ist der Ansicht von ZIMMERMANN entgegenzuhalten, daß bei einer solchen Auslegung weder der Mieter als generell schlechter gestellt noch der Vermieter stets als unbillig bevorzugt angesehen werden kann. Der Mieter genießt schon deshalb hinreichend Schutz, weil ihm wegen der Regelung des § 571 Abs. 1 BGB einmal die Mietsache, auf die sein Interesse vor allem gerichtet ist, erhalten bleibt. Überdies tritt auch der Erwerber in die für den bisherigen Vermieter bestehende Vertragsbindung ein. Wenn ihm im übrigen der frühere Vermieter im Rahmen der für ihn, den Mieter, eingeräumten Kündigungsfrist genommen wird, so mag er dies als Kehrseite der Bestandssicherung des Mietverhältnisses und einen Ausgleich im Interesse des Veräußerers hinnehmen. Dieser wird damit zwar vorzeitig aus dem Vertrag befreit; doch steht dem gegenüber, daß jener gerade wegen des zwingenden Übergangs seiner Vermieterpflichten auf den Erwerber häufig Nachteile, wie z.B. Veräußerungsschwierigkeiten, niedriger Kaufpreis usw., in Kauf zu nehmen hat.

Die Kündigungsbefugnis des Mieters ist endlich deshalb als maßgeblich anzusehen, weil anderenfalls bei Mietverhältnissen über Wohnraum dem früheren Vermieter kaum erträgliche Konsequenzen drohten. Mietverhältnisse über Wohnraum genießen nicht nur den Schutz des § 571 BGB, vgl. § 580 BGB, sondern werden darüber hinaus durch eine Reihe weiterer gesetzlicher Bestimmungen wie insbesondere in dem geltenden Wohnraumkündigungsschutzgesetz[1] sowie mit der Sozialklausel der §§ 556 a - c BGB in ihrem Bestand besonders gesichert. Wollte man bei diesen Mietverhältnissen für die Enthaftung des Veräußerers die Kündigungsbefugnis auch des Vermieters zugrundelegen, so bedeutete das, daß die Haftung des Veräußerers jeweils solange andauern müßte, wie im Einzelfall der Mieterschutz zu verwirklichen ist. Eine solche Lösung muß indessen nicht nur an praktischen Schwierigkeiten scheitern, weil eine nur hypothetische Prüfung der Kündigungsbefugnis des Vermieters unter Beachtung der genannten Schutzbestimmungen in den meisten Fällen unmöglich sein wird. Sie erscheint darüber hinaus auch als eine ebenso folgenschwere wie sinnwidrige Überdehnung der Mieterschutzgesetzgebung, deren Zweck erkennbar nur darauf gerichtet ist, den Mieter vor dem Entzug des notwendig benötigten Wohnraums zu schützen.

Aus alledem folgt, daß für die Dauer der Haftung des Veräußerers einer Mietsache nach § 571 Abs. 2 S. 2 BGB im Falle der einseitig beschränkten Kündigungsbefugnis des Vermieters, mag diese auf Vertrag oder, wie i.d.R. bei Mietverhältnissen über Wohnraum, auf gesetzlichen Bestimmungen beruhen, allein das Kündigungsrecht des Mieters als maßgeblich anzusehen ist. Diese Frist gilt aber aus den bereits dargelegten Gründen auch für die Haftung des ehemaligen Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, die als Vermieter Partei eines Mietverhältnisses ist.

---

1) Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum vom 25. Nov. 1971, BGBl I S. 1839. Das Gesetz tritt nach Art. 3 § 2 Abs. 3 mit Ablauf des Jahres 1974 außer Kraft, wenn es nicht verlängert wird.

C Zusammenfassung

I. Die Untersuchung hat gezeigt, daß bei dem Streit um die Haftung des ausscheidenden OHG-Gesellschafters aus langfristigen Schuldverhältnissen der Gesellschaft insbesondere eine unzutreffende Auslegung der Haftungsbestimmungen §§ 128, 159 HGB zugrundegelegt wird.

Entgegen der allgemeinen Auffassung kann aus § 159 Abs. 3 HGB nicht grundsätzlich auf eine Weiterhaftung des Gesellschafters aus solchen Schuldverhältnissen geschlossen werden. Diese Vorschrift ist lediglich als eine den Beginn der Verjährungsfrist betreffende Ergänzung zu der Regelung in § 159 Abs. 1 und 2 HGB anzusehen und zwar für den Fall, daß Ansprüche gegen den Gesellschafter erst nach der Eintragung des Ausscheidens bzw. der Auflösung der Gesellschaft fällig werden. Sie gilt für Einzelverbindlichkeiten aus langfristigen Schuldverhältnissen in gleicher Weise wie für andere Verbindlichkeiten, sofern nur eine Haftung des Gesellschafters für diese Teilverbindlichkeiten an sich besteht. Das ist indessen eine Frage, die der Bestimmung § 159 Abs. 3 HGB vorgelagert und gänzlich unabhängig von ihr zu beantworten ist. Anzuknüpfen ist stattdessen an die die fortbestehende Haftung eigentlich bestätigende Bestimmung § 159 Abs. 1 HGB, deren Auslegung vor dem Hintergrund der gesetzlichen Gesamtregelung zur OHG vorzunehmen ist.

Die Auslegung hat ergeben, daß für die Haftung des Ausgeschiedenen aus längerfristigen Schuldverhältnissen grundsätzlich die Rechtsfolgen maßgeblich sind, die für ihn auch mit einer Auflösung der Gesellschaft verbunden gewesen wären. Dieses Kriterium erlaubt und fordert es, seine Haftung unabhängig vom konkreten Vertragstyp wie auch von der besonderen Ausgestaltung des Schuldverhältnisses zu bestimmen. Die von Rechtsprechung und Schrift-

tum besonders behandelten Einzelfragen, wie insbesondere die Verlängerung bestehender Verträge, das Kontokorrentverhältnis, die schuldhafte Verletzung eines Depotvertrages oder die Kreditierungshandlungen des Gläubigers, werden damit gegenstandslos. Zugleich erübrigen sich die den Einzelfällen abgewonnenen Argumente, wie z.B. die Rechtsnatur von Verlängerungsklauseln, die Anwendbarkeit der §§ 421 ff BGB auf das Verhältnis von Gesellschaftsverbindlichkeit und Haftungsverpflichtung des ausgeschiedenen Gesellschafters, der Arglisteinwand des Ausgeschiedenen oder die Vorleistung des Gesellschaftsgläubigers. Vielmehr gilt allein der Grundsatz, daß den Folgen einer Auflösung der Gesellschaft entsprechend die Haftung des Ausscheidenden stets solange andauert, wie die vertragliche Bindung der OHG im Zeitpunkt dieses Ereignisses reicht.

Die Ergebnisse lauten im einzelnen:

1. Bei Schuldverhältnissen mit festbestimmter Dauer haftet der Ausgeschiedene ohne Rücksicht auf die noch ausstehende Vertragszeit uneingeschränkt fort.

2. Bei unbefristeten beiderseitig kündbaren Schuldverhältnissen (= beiderseitiges Verlängerungsrecht) wird der Ausgeschiedene mit Ablauf der nächstfolgenden Kündigungsfrist nach dem Ausscheiden von jeder weiteren Haftung befreit, wenn der Gesellschaftsgläubiger in Kenntnis dieses Ereignisses von einer Kündigung abgesehen hat.

3. Bei einem einseitigen Verlängerungsrecht (= Kündigungsrecht) ist zu unterscheiden: Ist dieses Recht der OHG eingeräumt, so entfällt die Haftung des Ausgeschiedenen mit Ablauf der noch ausstehenden Mindestfrist. Ist dieses Recht dagegen dem Gläubiger eingeräumt, dauert die Haftung des Ausgeschiedenen über den vom Gläubiger gewählten Zeitraum fort.

4. Wird eine bestehende Schuld der OHG nach Ausscheiden des Gesellschafters von dem Gläubiger kreditiert, so entfällt die Haftung des Ausgeschiedenen, sobald der ursprünglich vereinbarte Fälligkeitstermin überschritten wird.

II. Abweichende Lösungen ergeben sich nur für solche Schuldverhältnisse, die in ihrem Bestand besonderen gesetzlichen Schutz genießen. So ist für Arbeitsverhältnisse die Bestimmung § 613a BGB, für Miet- und Pachtverträge die Bestimmung § 571 BGB sinngemäß heranzuziehen. Hieraus folgt im einzelnen:

1. Der Ausgeschiedene haftet für Verpflichtungen aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen analog § 613a Abs. 2 BGB wie ein früherer Betriebsinhaber.

2. Bei Vermietung (Verpachtung) durch die OHG haftet der Ausgeschiedene analog § 571 Abs. 2 S. 2 (§§ 580, 581) BGB wie ein früherer Vermieter (Verpächter). Hieraus folgt insbesondere, daß dem Ausgeschiedenen auch das (vor allem bei Mietverhältnissen über Wohnraum bedeutsame) einseitige Kündigungsrecht (Verlängerungsrecht) des Mieters (Pächters) stets haftungsbegrenzend zugute kommt.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 26. Oktober 1943 in Wiesbaden als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Alfred Rohe und seiner Ehefrau Hete, geb. Lillotte, geboren. Am 23. Februar 1963 erhielt ich auf dem neusprachlichen Freiherr-vom-Stein-Gymnasium in Oberhausen-Sterkrade das Reifezeugnis. Ich leistete den Grundwehrdienst als Soldat auf Zeit für zwei Jahre und schied mit dem Dienstgrad eines Leutnants der Reserve aus. Nach dem Studium der Rechtswissenschaft in Kiel, Berlin und Münster bestand ich am 25. April 1970 die erste juristische Staatsprüfung.